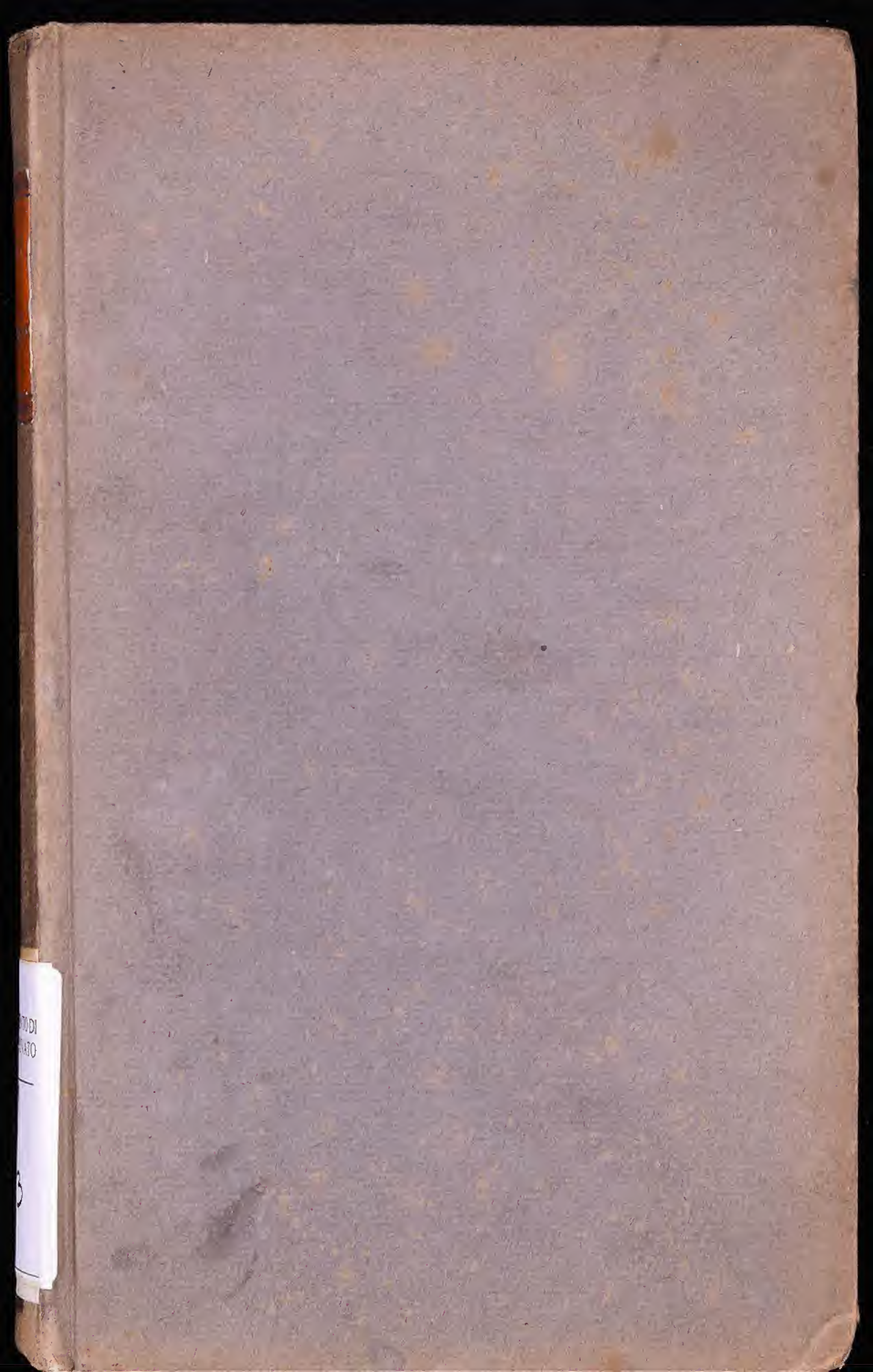
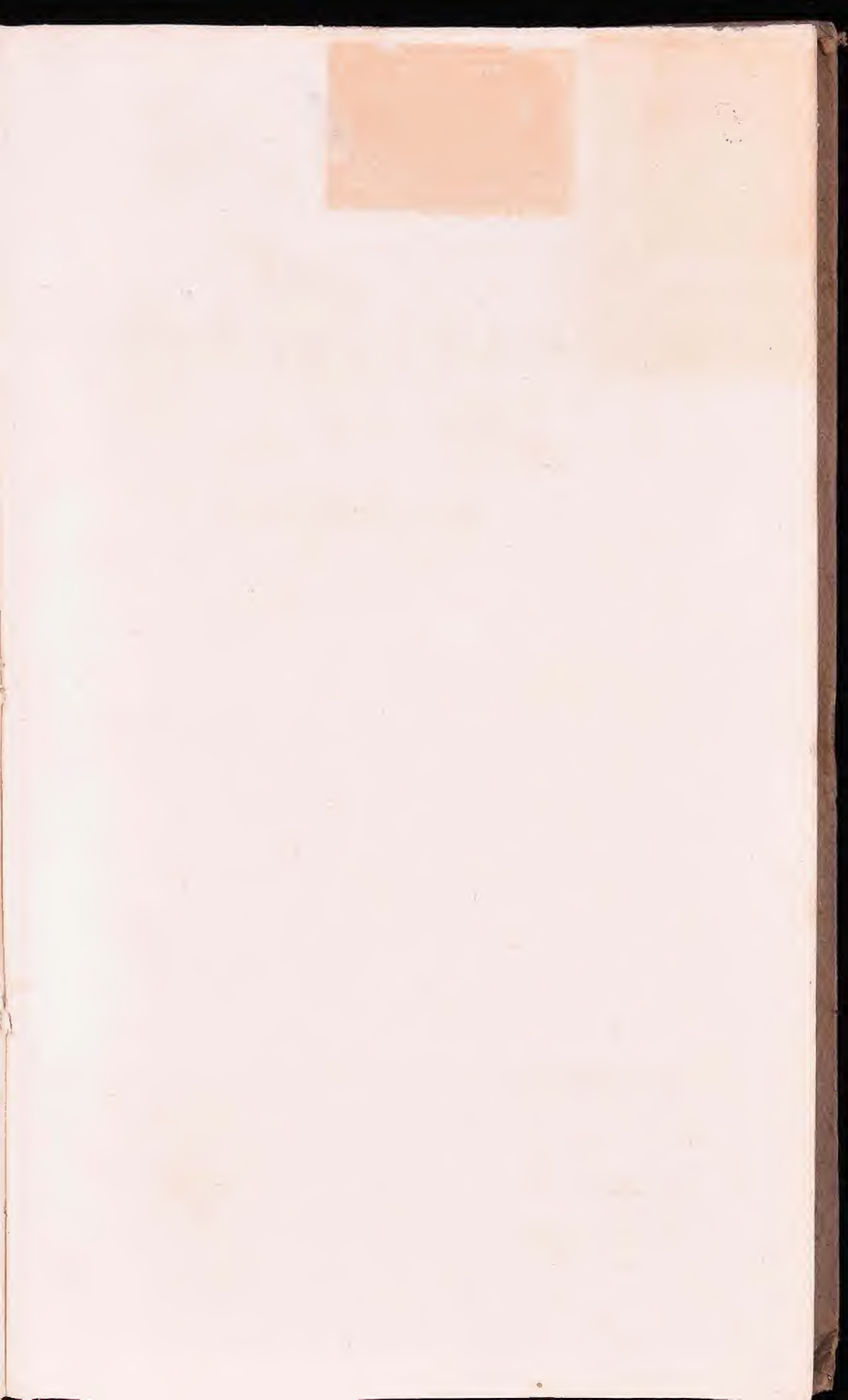


DIPARTIMENTO DI
DIRITTO PRIVATO
ANT
B
25.3

INVENTARIO
399

ANT
B.25.3

PUVEO 16867
REC 2327





Ausbeute
von
Nachforschungen
über verschiedene
Rechtsmaterien.

Von

Dr. F. C. Gesterding.



Dritter Theil.

Greifswald,
bei C. A. Koch.

1830.

Das angefangene Werk, so ausgestattet, wie ich wünsche, zu vollenden, reichen diese drei Theile noch nicht; ich werde es daher fortsetzen.

In Zukunft wird jeder neue Band, etwa von gleicher Stärke mit dem jetzigen, — in zweien Abtheilungen erscheinen. Dies erleichtert mir die Mühe und die Ausbeute gelangt

früher an den Leser, für den sie gewonnen ist. Das Verdienst, nützliche Wahrheiten zu finden, oder aufs Reine zu bringen, erhält noch einen Zuwachs, wenn sie früher in Umlauf gesetzt werden.

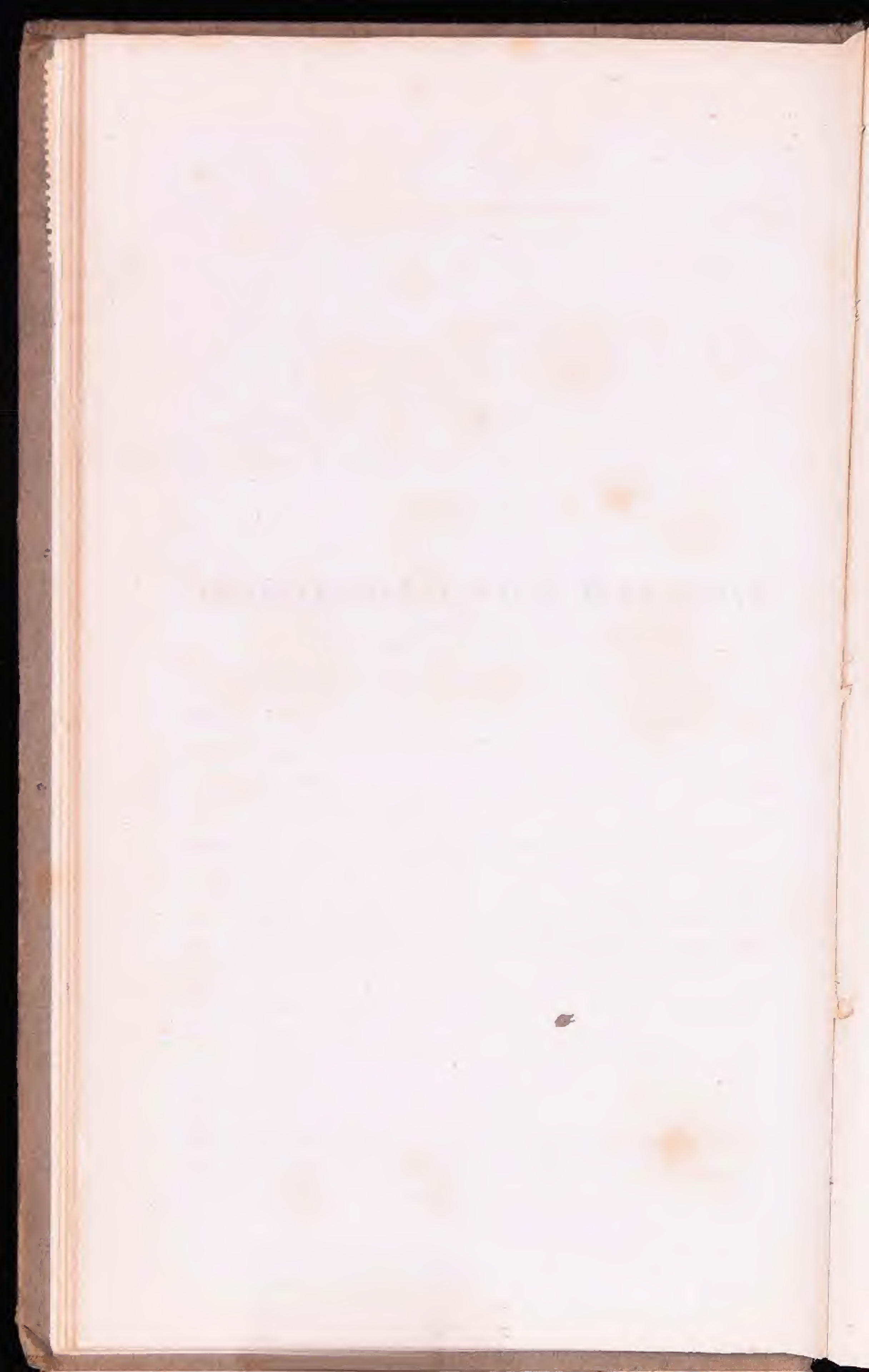
Greifswald, im Frühjahr 1830.

Der Verfasser.

Inhalt.

I.

Zur
Lehre vom Vormundschaftsrecht.



I.

Kann ein Vormund Grundstücke des Mündels über die Dauer der Vormundschaft vermiethen oder verpachten? *)

Eine besondere Entscheidung dieser Frage findet sich nicht im römischen Recht. Die Antwort kann daher nur aus allgemeinen Grundsätzen gegeben werden, und darnach scheint es wenig Bedenken zu leiden, daß sie zu bejahen sey. Bejaht wird sie auch von Augustin Barbosa, einem Portugiesen, und Johann Gutierrez, einem Spanier [1]). Daß die Vormundschaft beendigt ist, daraus folgt nicht, daß Verträge aufhören, die der Vormund während der Dauer der Vormundschaft gültig geschlossen hat. Und eben so wenig folgt daraus, weil die Vormundschaft vorübergehend ist, daß er nicht die Macht haben sollte, Contracte zu schließen, die dann noch fortdauern, wenn er bereits aufgehört hat, Vormund zu seyn. Dem Vormunde steht in Ansehung der Gü-

*) Diese Abhandlung erschien zuerst im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 4. S. 1 folg.

[1]) Wenigstens führt Perez (ad lib. 5. tit. 39. C. n. 4.) von ihnen, die mir nicht zur Hand sind, dies, mit Benennung der Stellen ihrer Schriften an.

ter des Mündels ein gesetzliches Verwaltungsrecht zu. Bei Verwaltung seines Amts vertritt er, den Gesetzen zufolge, die Stelle des Eigenthümers [2]). Und was er bei dieser Verwaltung bona fide et legitime vorgenommen hat, muß der Mündel als gültig anerkennen, so, als hätte er es selbst gethan [3]).

Es ist eine bekannte Regel, welche die Wissenschaft aufgestellt: Factum tutoris est factum pupilli. Und zufolge dieser aus den Gesetzen richtig abgezogenen Regel kann ein Mündel keineswegs einem besondern Nachfolger an die Seite gesetzt werden, welcher berechtigt wäre, von den Contracten wieder abzugehen, die sein Vorgänger geschlossen. Das Verwaltungsrecht des Vormundes ist zwar keineswegs ohne Schranken, aber diese Schranken erstrecken sich nicht bis auf die Ueberlassung der Mündelgüter zum bloßen Ge-

---

[2]) *L. 27. D. adm. et per. tut.* Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco habetur. *L. 7. § 3. D. pro emt.* Si tutor rem pupilli subripuerit et vendiderit: usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat. Nam *tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat. L. 56. § 4. D. de furtis.* Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest: et si in potestatem suam redegerit rem furtivam, desinit furtiva esse: *quia tutor domini loco habetur.* Sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt: quia adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur.

[3]) *L. 12. § 1. D. de adm. et per. tut.* Quae bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur, etiam ex rescriptis Trajani et Hadriani: et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest. Nam et inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur, nemine scilicet emente. Nec interest, tutor solvendo fuerit nec ne: cum, si bona fide res gesta sit, servanda sit, si mala fide, alienatio non valet.

brauch an andre, durch Einräumung persönlicher Rechte. Vor Septimius Severus war es dem Vormunde bekanntlich sogar erlaubt, die Mündelgüter an andere zu veräußern. Es stand folglich in seiner Macht, dem Mündel die Sache selbst für immer zu entziehen. Um so weniger, das kann man mit Sicherheit annehmen, war es ihm verwehrt, Verträge einzugehen, wodurch dem Mündel der bloße Gebrauch der Sache nach beendigter Vormundschaft entzogen ward. Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere [4]). Wenn es ihm nun zwar seit Septimius Severus nicht mehr erlaubt ist, die Substanz der Mündelgüter zu veräußern, oder andere dingliche Rechte daran zu bestellen, so ist ihm doch damit die Macht nicht genommen, persönliche Rechte auf den Gebrauch gegen Vergeltung anderen einzuräumen. Sie ist ihm weder genommen, noch, worauf es hier ankommt, an gewisse Schranken gebunden.

Es giebt Rechtsgelehrte, welche zugeben, daß ein Mündel die von seinem Vormunde eingegangenen Pacht- und Mieth-Contracte zu halten verbunden sey, jedoch die Einschränkung hinzufügen, sie müßten auf mäßige Zeiträume eingegangen seyn, nicht auf zehn Jahre oder gar darüber, weil dies nach Veräußerung schmecken würde. Wiederum sind es Rechtsgelehrte von der pyrenäischen Halbinsel, die dies lehren, nämlich Covarruvias — der, nach Jöcher's Ausdruck, wegen seiner sonderbaren Wissenschaft, der Bartolus Spaniens (Bartolus Hispaniae) genannt wurde [5]) —

---

[4]) *L. 21. D. de reg. jur.*

[5]) *Covarruvias* var. resolut. lib. 2. cap. 16.

und Perez [6]). Doch ihnen beizustimmen, finde ich keinen hinlänglichen Grund. Eine Verpachtung auf eine bestimmte Zeit ist doch eben nichts weiter, als eine — Verpachtung, und keine Veräußerung. Wenn aber das Grundstück auf beständig von Erben zu Erben an andere zum Gebrauch überlassen würde, ein solches Geschäft würde allerdings nach Veräußerung und zwar sehr stark schmecken. Es würde Emphyteusis seyn, und der Vormund, eine solche einzuräumen, nicht die Macht haben, als welcher ohne die gesetzlichen bei Veräußerungen vorgeschriebenen Erfordernisse nicht einmal Servituten dem Grundstück des Mündels aufzulegen befugt ist [7]). Es sind also Vermiethungen und Verpachtungen, die ein Vormund vorgenommen, für den Mündel, wie überhaupt, also auch in Ansehung der Zeit, nur nicht auf beständig, verbindlich, und der Mündel ist genöthigt, dem Miethsmann oder Pächter auch nach beendigter Vormundschaft das Grundstück zum Gebrauch zu überlassen.

Dieses alles bezieht sich auf das Rechtsverhältniß des Mündels zum Dritten. Wenn aber die Rede wäre von dem Verhältniß des Mündels zum Vormunde, so könnte es wohl seyn, daß während dergleichen, über die Dauer der Vormundschaft sich erstreckende, Verträge gültig sind, und der Mündel genöthigt ist, sie dem Dritten zu halten, der Vormund gegen den Mündel verantwortlich geworden, daß er sie einging, der Obervormund, daß er es duldete. Verantwortlich können sie nur seyn, wenn ihnen dabei Verschuldung beigemessen werden kann, was von den besondern Umständen einzelner Fälle abhängen wird.

---

[6]) a. a. O.

[7]) L. 3. § penult. D. L. 5. § 8. D. de rebus eorum, qui sub tutela.

II.

Von der Verantwortlichkeit des Vormundes in Ansehung ausstehender, zum Vermögen des Mündels gehörender, Forderungen [1].

Wie häufig entstehen Streitigkeiten zwischen den Mündeln und ihren vormaligen Vormündern über Gelder, die von den letzteren verliehen worden und in Concursen verloren gegangen! Wie weit der Vormund in dieser Hinsicht, überhaupt in Ansehung ausstehender Forderungen des Mündels, verantwortlich sey, eine Untersuchung darüber möchte, wenn sie nicht gänzlich mißlingt, zu dem vernachläßigten Vormundschaftsrecht einen, wenn auch nur kleinen, doch nicht ganz unwillkommenen, Beitrag liefern.

Es darf kaum bemerkt werden, was sich schon von selbst versteht, daß ein Vormund nicht simpliciter verbunden seyn könne, den Mündel zu entschädigen, wenn ausstehende Forderungen desselben verloren gehen. Zwar drücken manche Gesetzstellen sich so aus, daß man glauben sollte, ausstehende Forderungen des Mündels ständen zur Gefahr des Vormundes [2]), aber dieser Ausdruck bedeutet hier keinesweges, daß ein Vormund für zufälligen Verlust ver-

---

1) Diese Abhandlung erschien zuerst im Jahr 1819 im Archiv für die civilistische Praxis im zweiten Bande S. 234. folg. Sie erscheint hier mit einigen kleinen Zusätzen, die sich fast nur auf die Noten beschränken, sonst unverändert.

2) z. B. L. 39. D. de adm. et per tut. L. 43. pr. D. eod. L. 18. C. eod.

antwortlich sey; nein, er haftet nur für den Verlust, wenn er ihn verschuldet hat, wenn dieser dadurch entstanden, daß er die Pflichten vernachläßigte, die ihm, als Vormund, oblagen [3]).

Ein Vormund ist bekanntlich verbunden, das Vermögen seines Mündels zu verwalten, wie jeder gute Wirth das seinige verwaltet oder, was einerlei ist, verwalten muß [4]). Läßt er es hieran fehlen, so ist er in culpa und diese kann hier auf doppelte Art sich äußern, nämlich

einmal dadurch, daß er diesem Schuldner traut, oder, mit anderen Worten, eine ausstehende Forderung bei ihm entstehen läßt — culpa in contrahendo nomine commissa —

zweitens dadurch, daß er die ausstehende Forderung vom Schuldner entweder überall nicht, oder doch

[3]) L. 15. D. de adm. et per. tut. L. 57. D. eod. L. 2. C. arbitr. tut. Daß der Ausdruck Periculum hier nicht zufälligen Verlust, sondern Verlust durch Culpa bezeichne, bemerken auch Hartmann Pistor (quaest. 49. nr. 1. 2. 8.) und Leyser (sp. 833. med 7.) *L. 3. § 7. D. de contraria tutelae et utili actione.* Sufficit tutori, bene et diligenter negotia gessisse: etsi eventum adversum habuit, quod gestum est.

[4]) L. 10. D. de adm. et per. tutor. L. 33. D. eod. L. 7. C. arbitrium tutelae. Die L. 1. pr. D. de tutelae et rat. distrah., wonach der Vormund nur ein solches Maaß von Sorgfalt anzuwenden hat, als er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, läßt sich mit den vorigen Stellen dadurch vereinigen, daß bei Entscheidung der Frage, ob er verantwortlich sey, auf seine gewohnte Art zu handeln einige Rücksicht zu nehmen, und er außer den Fällen grober Verschuldung Entschuldigung findet, wenn er beweisen kann, daß er in eigenen Angelegenheiten auch nicht sorgsamer zu seyn pflege. Nur Ausnahmsweise kömmt ihm diese Entschuldigung nicht zu Statten. L. 53. § 3. D. de furtis. Hasse die Culpa des römischen Rechts §. 74.

nicht zur rechten Zeit beizutreiben sich bemüht — culpa in non exigendo commissa [5]). Im ersten Fall schadet der Vormund durch Thätigkeit, im zweiten durch Unthätigkeit.

Betrachten wir jeden dieser beiden Fälle besonders.

Also erstens der Vormund giebt z. B. Gelder des Pupillen anderen zum Darlehn oder überhaupt, er contrahirt activ eine Forderung für seinen Mündel, wird durch seinen freien Willen Gläubiger dieses oder jenes Schuldners.

Nun, dabei wird er sich wie ein vorsichtiger Haushalter zu benehmen haben, in Anwendung des angeführten allgemeinen Grundsatzes auf dies besondere Verhältniß. Er wird also, ehe denn er traut, sehen, wem er traue. Besondere Vorsichtsmaaßregeln schreiben die Gesetze ihm nicht vor, sondern sie begnügen sich, ihm im Allgemeinen zur Pflicht zu machen, nur einem sicheren Schuldner — debitor idoneus — zu creditiren. Doch ist nicht gerade absolut nöthig, daß der Schuldner wirklich sicher sey; es ist schon genug, daß er allgemein für sicher gehalten ward [6]). Gewährt die Person des Schuldners keine Sicherheit, so kann diese vielleicht dadurch bewirkt werden, daß ein anderer die Verbindlichkeit desselben accessorisch übernimmt, also sich für ihn verbürgt; nur müßte dann freilich wiederum der Bürge, als Schuldner ein fidejussor idoneus seyn.

---

[5]) Beides unterscheidet wohl Hartmann Pistor a. a. O.

[6]) *L.* 50. D. *de adm. et per. tut.* Si res pupillares incursu latronum pereant; vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit, *cum fuisset celeberrimus*, solidum reddere non possit: nihil eo nomine tutor praestare cogitur. L. 3. D. de cond. et dem. *Leyser* spec. 333. med. 8.

Daß der Schuldner sicher gewesen oder allgemein dafür gehalten sey, nämlich zu der Zeit, als der Vormund mit ihm in dies Verhältniß trat, muß, wenn es bestritten wird, der Vormund beweisen [7]). Doch, scheint es, würde es schon genug seyn, wenn der Vormund im Allgemeinen bewiese, daß hinlängliche Gründe vorhanden gewesen, den Schuldner für sicher zu halten, und daß er es an der schuldigen Sorgfalt nicht habe ermangeln lassen. Denn, wie ich schon gesagt habe, der Vormund, und überhaupt jeder Verwalter eines fremden Vermögens, leistet seiner Pflicht ein Genüge, wenn er demjenigen traut, dem ein vorsichtiger und sorgsamer Haushalter trauen würde [8]).

Die Pflicht des Vormundes, über die Erhaltung des Vermögens seines Mündels zu wachen, äußert sich dann zweitens darin, daß er die ausstehenden, zu diesem Vermögen gehörenden, Forderungen von den Schuldnern zur rechten Zeit, nöthigenfalls durch Hülfe des Richters, einzuziehen und beizutreiben sich bemühen muß. Je länger er die Beitreibung versäumt, je mehr wächst seine Verschul-

---

[7]) *L. 11. D. de probat.* Non est necesse pupillo probare, fidejussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse: nam probatio exigenda est ab his, *quorum officii fuit, providere, ut pupillo caveretur. L. 1. § 13. D. de magistr. conveniendis.* Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fidejussores solvendo non fuisse, cum acciperentur, sed Magistratibus, ut doceant eos solvendo fuisse. *Hartmann Pistor* c. 1. nr. 11 et 12. Leyser spec. 333. med. 8. Das Gegentheil behauptet Struben rechtliche Bedenken, systematisch geordnet, ergänzt, berichtigt und mit Anmerkungen begleitet von Ernst Spangenberg, erster Band, Bed. 92. S. 131. 132. S. dagegen die Bemerkungen des Herausgebers in der Note.

[8]) L. 3. D. de cond. et demonstr.

dung [9]). Gehen die Forderungen verloren, weil er versäumte, sie zur rechten Zeit von Schuldnern, die darüber insolvent geworden, beizutreiben, so ist er verbunden, den Schaden zu ersetzen [10]). Hier ist es also *culpa in non exigendo*, welche den Vormund zum Schadenersatz verpflichtet.

Vor allen Dingen wird dabei vorausgesetzt, daß dem Vormunde rechtlich möglich gewesen, die Forderung beitreiben zu können, also daß sie bereits fällig war, oder daß es nur von ihm abhing, sie durch Kündigung fällig zu machen.

Daran ist es aber allein nicht genug, sondern, damit der Vormund verbunden sey, den Mündel wegen des Verlustes zu entschädigen, wird es, wenigstens bei Forderungen, die einer Kündigung bedurften, darauf ankommen, daß der Vormund Gründe hatte, den Schuldner für unsicher zu halten, und dann in allen Fällen, daß in der unterlassenen Beitreibung der Grund des Verlustes enthalten sey.

---

9) *Mev.* P. 8. dec. 76.

10) *L.* 15. *D. de adm. et per. tut.* Si tutor constitutus, quos invenerit debitores, non convenerit, ac *per hoc* minus idonei efficiantur: ipse in debitam pecuniam, et in usuras ejus pecuniae, quam non foeneravit, convenitur. *L.* 57. *D. eod.* Chirographis debitorum incendio exustis, cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam, aut novationem faciendam cogere, cum idem circa *priores* debitores propter eundem casum fecissent, id omisissent circa debitores pupillorum: an, si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, judicio tutelae consequentur? Respondit: si adprobatum fuerit, eos tutores hoc per dolum, vel culpam praetermisisse: praestari ab his hoc deberi. Die Lesart der Florentina: circa *priores* debitores ist, schon nach dem Zusammenhange, offenbar falsch. Besser lesen manche Ausgaben statt priores, *proprios*. Hasse die Culpa des römischen Rechts, §. 50. Note a.

Hatte der Vormund keine Gründe, den Schuldner für unsicher zu halten, so scheint es mir, könne ihm nichts zur Last gelegt werden, wenn er die Forderung vom Schuldner einzuziehen sich nicht bemüht. Selbst, wenn die Forderung schon fällig war, kann ihn, nach meinem Ermessen, die unterlassene Einforderung nicht unter allen Umständen in Schuld setzen, insofern sie nämlich Zinsen trägt, da er ja doch verbunden seyn würde, das Geld wiederum auf Zinsen anzulegen[11]). Wenn der Vormund in diesem Fall positive Gründe hatte, den säumigen Schuldner für sicher oder die fällige Forderung für gut zu halten, so sehe ich nicht, weshalb er z. B. das dargeliehene Geld dem Schuldner nicht noch ferner überlassen könnte, da er es ihm ja, unter jener Voraussetzung, hätte leihen können. Es ist dieser Fall dann nach eben den Grundsätzen zu beurtheilen, als wenn er es ihm von Neuem geliehen hätte. —

[11]) L. 15. D. de adm. et per. tut. In der Nov. 72. Cap. 6. ist zwar der Vormund der Nothwendigkeit, das Geld des Mündels auf Zinsen auszuleihen, überhoben, und wenn er es freiwillig thut, so ist es auf seine Gefahr. Der Satz hat aber bei den Gerichten keinen Eingang gefunden, man ist vielmehr der Vernunft und dem älteren Recht getreu geblieben. Dieselbe Novelle a. a. O. enthält bekanntlich auch Einiges über die Sicherheitsmaaßregeln, die bei Verleihung der Gelder des Pupillen, der Vormund zu nehmen hat, was aber, wie es mir scheint, mehr, aus dem Zusammenhange leicht erklärlicher, diesem nicht zu entreißender, Rath ist, als Vorschrift, weshalb ich auch im Text darauf keine Rücksicht genommen habe. Si vero ipse sponte mutuare voluerit, heißt es am Ende jenes Kapitels der Novelle, sub obligatione forte pignorum, vel sub aliis quae putantur indubitatae, cautelis: tunc habeat quidem duorum mensium per singulos annos inducias: hoc, quod leges laxamentum vocant. sciat autem mutui periculum omnino ad se venturum.

Ein Verdacht der Unsicherheit entsteht, wenn der Schuldner lange Zeit keine Zinsen zahlt [12]). Zwar daraus folgt gerade nicht nothwendig, daß der Schuldner unsicher sey; es kann dabei Nachlässigkeit, vorübergehende Verlegenheit zum Grunde liegen. Indessen ist hier auch nur die Rede von demjenigen, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wahrscheinlich und was wenigstens von der Art ist, daß es den Vormund zu weiteren Nachforschungen veranlassen muß.

Dann weiter versteht es sich wohl von selbst, wie es nicht genug seyn könne, daß die unterlassene Beitreibung und der Verlust der Forderung auf einander gefolgt sind. Nein, das Erstere muß vielmehr den Grund des Letzteren enthalten [13]). Es ist sehr wohl möglich, daß der Vormund in der Beitreibung der Forderung des Mündels nachlässig gewesen, ohne daß der Mündel deshalb berechtigt ist, von ihm Entschädigung für deren Verlust zu begehren. Es kann ja seyn, daß die Forderung auch bei der größten diligentia in exigendo verloren gegangen seyn würde, weil der Schuldner schon damals insolvent war, als der Vormund zur Beitreibung zuerst im Stande und veranlaßt war. Ist dies der Fall, so kann der Mündel vom Vormunde eben so wenig Ersatz verlangen, als wenn der Letztere nachlässig gewesen, die Forderung aber gerettet worden. In beiden Fällen fällt dem Vormunde zwar Schuld zur Last, aber der Verlust der Forderung ist nicht die Folge seines pflichtwidrigen Benehmens.

Der **Mündel** ist es diesmal, welcher zu beweisen hat, wie der Verlust der Forderung aus der pflichtwidrig unter-

---

[12]) *Mev.* P. 8. dec. 76. not. 10.

[13]) L. 15. D. de adm. et per. tutor. L. 57. D. eod.

lassenen Beitreibung entstanden sey. Er muß also beweisen, daß der Vormund in culpa und der Verlust der Forderung die Folge davon gewesen. Dies nur kann sein auf Entschädigung gerichtetes Verlangen hinlänglich rechtfertigen. Im vorigen Fall, da der Vormund positiv thätig war, da er eine Handlung vornahm, die den Verlust der Forderung nach sich zog, muß er zeigen, er habe so gehandelt, wie es das Gesetz und seine Amtspflicht mit sich bringt, und es könne ihm folglich nichts zur Last gelegt werden; hingegen hier, wo ihm das Nichthandeln zum Vorwurf gemacht wird, gebührt es dem Mündel, zu zeigen, daß der Vormund in dem Fall sich befunden habe, handeln, nämlich um die Beitreibung der Forderung sich bemühen zu müssen — und wie dies pflichtwidrige Nichthandeln den Verlust der Forderung nach sich gezogen habe. Zu jenem Beweise gehört es, erschöpft ihn aber nicht, daß der Schuldner zu der Zeit noch zahlungsfähig gewesen, als der Vormund die Forderung von ihm beizutreiben, verbunden war, welcher Zeitpunkt möglicherweise der Anfang seiner Verwaltung seyn kann. Nicht gerade, daß er alle seine Gläubiger zu befriedigen, sondern daß er diese Schuld zu tilgen, im Stande gewesen. Hartmann Pistor drückt sich hierüber so aus: der Mündel müsse beweisen, daß der Schuldner annoch sicher (debitor idoneus) gewesen, auch daß die Forderung leicht (?) von ihm habe beigetrieben werden können — und daß die Beitreibung durch einen solchen Grad von Schuld, als wofür ein Vormund haftet, unterlassen sey [14]. Eben so fand Leyser, daß ein Vormund frei zu sprechen sey, welcher den Schuldner zu belangen unterlassen hatte, weil er vorhersahe, wie

---

[14]) *Hartmann Pistor* Quaest. c. C. nr. 4 et 5.

das Vermögen desselben zur Befriedigung seiner Gläubiger nicht hinlänglich seyn und die Klage keinen Erfolg haben werde [15]).

Nur bei Forderungen, die durch ihn und seinen Willen ursprünglich entstanden sind, kann der Vormund sich jener doppelten culpa — in contrahendo und dann in non exigendo — schuldig machen. Hatte aber der Vater des Mündels oder der Vorgänger des Vormundes, von dem nun gerade die Rede ist, Geld verliehen oder war dieser Vater, dieser Vorgänger auf andere Art Gläubiger geworden, kurz existirt die Forderung schon zu der Zeit, da unser Vormund zur Verwaltung gelangt, dann freilich versieht es sich, für die Fehler und den Mangel des Mißtrauens der eben genannten Personen ist er nicht verantwortlich; ihre culpa in contrahendo nomine kömmt nicht auf seine Rechnung [16]). Dagegen ist es culpa in non exigendo, deren er sich in Ansehung solcher Forderungen allein nur schuldig machen kann [17]). Bei Forderungen, welche ursprünglich nicht von ihm herrühren, ist er auch nur für culpa lata (in non exigendo) verantwortlich [18]), während er bei For-

---

[15]) *Leyser* spec. 333. med. 10. S. auch *Mev.* P. 8. dec. 76. nota 3

[16]) L. 35. D. de adm. et per. tut. Tutor sive curator nomina quae juste putat non esse idonea. a priore tutore vel curatore suscipere quidem cogitur, non tamen exactionem periculo suo facere.

[17]) L. 15. D. de adm. et per. tut.

[18]) *L. 2. C. arbitrium tutelae.* Nomina paternorum debitorum si idonea fuerint initio susceptae tutelae, et per latam culpam tutoris minus idonea tempore tutelae esse coeperunt: Iudex, qui super ea re datus fuerit, dispiciet: et si palam dolo tutoris, vel manifesta negligentia cessatum est, tutelae judicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse, statuere curabit. Der Ausdruck

derungen, die durch ihn selbst und seinen Willen entstanden sind, für culpa levis haftet, sowohl was die culpa in contrahendo nomine betrifft, als die culpa in non exigendo.

Endlich versteht es sich von selbst, daß, gleich wie ein Vormund für dasjenige nicht verantwortlich ist, was vor Anfang seiner Verwaltung geschehen oder unterblieben ist, er auch für Verlust, der erst nach dem Ende derselben sich zuträgt, (insofern er nicht etwa den Grund dazu gelegt hat) nicht hafte. Er ist daher nicht verantwortlich, wenn erst nach dem Ende der Verwaltung der Schuldner unsicher wird, selbst dann nicht, wenn er auch aus Irrthum die Verwaltung fortgesetzt haben und der Schuldner während dieser über die gesetzliche Dauer der Vormundschaft fortgesetzten Verwaltung aufgehört haben sollte, idoneus zu seyn [19].

---

manifesta negligentia ist hier nur ein anderer Ausdruck für culpa *lata*. Denn die lata culpa ist manifesta; die Grobheit der Schuld macht, daß sie besser in das Auge fällt und auch blöde Augen sie sehen können.

[19] *L. 39. pr. D. de adm. et per. tut.* Tutores, qui post finem tutelae per errorem officii durantis rerum administrationem retinuerunt: nominum paternorum periculum, quae post pubertatem adolescentis idonea fuerunt, praestare cogendi non erunt, cum actionem inferre non potuerunt. *L. 43. pr. D. eod.* Cum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur.

III. Er=

III.

Erörterung der Frage, wem die Beweislast obliege, wenn Jemand behauptet, sein Grundstück sey während seiner Minderjährigkeit ungültig veräußert worden.

(Im Februar 1829.)

Wenn ein ehemaliger Minderjähriger Grundstücke zurückfordert, die während seiner Minderjährigkeit verkauft sind, muß der Käufer beweisen, daß der Handel gültig geschlossen, oder der Minderjährige, daß er es nicht sey? Die älteren Rechtsgelehrten, z. B. Cocceji, legen die Last des Beweises unter allen Umständen dem Käufer auf [1]). Diese Meinung hegten ursprünglich schon die Glossographen [2]). Hingegen lehrt Weber, daß die Last des Beweises unter allen Umständen dem Minderjährigen aufzulegen sey. Es sey überhaupt, bemerkt Weber, als Regel anzunehmen, daß der Minderjährige, wenn er durch Klagen oder Einreden die geschehene Veräußerung anzufechten sucht, den Beweis der Thatsachen beibringen müsse, worauf diese Ungültigkeit sich gründen soll. Denn einmal bestimmen — fährt er fort — jene Thatsachen den Grund des Antrags, den er geltend zu machen sucht, und zweitens haben die Gesetze ihn in diesem Betracht nirgends begünstigt, mithin muß es bei dem gesetzlich anerkannten Grundsatz — L. 5. § 1. D. de probat. — auch hier das Bewenden behalten [3]).

---

[1]) *Cocceji* jur. civ. controv. tom 2. lib. 27. tit. 9. qu. 2.

[2]) S. *Glossa* ad L. 13. § 2. D. de publ. in rem act.

[3]) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 287 ff.

Ich halte dafür, daß im Allgemeinen dem Käufer der Beweis der Gültigkeit des Handels aufzulegen sey. Schon sogleich den von Weber angeführten ersten Beweisgrund kann ich gar nicht gelten lassen. Der Minderjährige, wenn er sein Grundstück als Kläger zurückfordert oder gegen seinen Gegner, der die Auslieferung desselben von ihm begehrt, als Beklagter sich vertheidigt, gründet seine Klage nicht auf die Ungültigkeit des Handels, sondern auf das ihm an dem Grundstück fortwährend zustehende Eigenthum — und seine Einrede, wenn man sie so nennen will, darauf, daß dem Kläger kein Klagerecht zusteht. Er thut ein Uebriges, wenn er als Kläger in dem Klageantrage des Handels, vermöge dessen der Beklagte zum Besitz des Grundstücks gelangt ist, und der Ungültigkeit desselben erwähnt. Oder vielmehr, dergleichen Bemerkungen kommen in der Klage zu früh; sie sind voreilig, denn sie enthalten eine anticipirte Replik. Der Kläger könnte sich darauf beschränken, zu sagen, das Grundstück gehöre ihm und er fordere es als das seinige von dem Beklagten zurück; er könnte also seine Klage auf eben die Art begründen, wie jeder Andre, der sich der Rei-Vindicatio bedient. Die Sache des Beklagten wäre es sodann, zu seiner Vertheidigung gegen die Klage, einzuwenden, das Grundstück sey ihm von dem Beklagten oder seinem Vormunde verkauft. Darauf würde der Kläger erwiedern, der Verkauf des Grundstücks eines Minderjährigen ist durch die Gesetze verboten und folglich der geschlossene Handel ungültig. Der Beklagte, genöthigt, dies einzuräumen, würde besondre Gründe anführen müssen, weshalb ein Geschäft, was der Regel nach ungültig ist, in diesem besondern Fall gültig sey. Wie sehr er sich auch sträuben möchte, — um

sich gegen das Verlangen seines Gegners bei seinem Besitze zu behaupten, würde er am Ende immer genöthigt seyn, sich darauf zu berufen und mit dem Einwande hervorzutreten, daß hier die gesetzlichen Erfordernisse zum Verkauf eines Mündelguts vorhanden gewesen, und die Wahrheit dieser Behauptung, auf welche seine Einrede sich gründet, würde er dann auch — beweisen müssen. Die bloße Bemerkung, daß ein Handel geschlossen sey, ist nicht geeignet, den Beklagten gegen die Klage in Schutz zu nehmen; er muß anführen und zeigen, daß dieser Handel tauglich gewesen, ihn zum Eigenthümer zu machen und wenigstens den Kläger zu hindern, die Sache von ihm wieder abzufordern.

Eben so wenig, wie den ersten, kann ich den zweiten von Weber angeführten Beweisgrund für bündig anerkennen. Er beruht auf dem Ausspruch des Paulus [4]): Idem respondit, si quis negat, emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere. Aus dieser Stelle pflegt man die sogenannte praesumtio validitatis herzuleiten; es soll nämlich für jedes Geschäft die Vermuthung streiten, daß es gültig und nach der gesetzlichen Vorschrift vollbracht sey. Weber selbst bestreitet die Gültigkeit dieser Vermuthung; die Stelle soll aber doch, nach seiner Meinung, in solchen Fällen zur Anwendung kommen, da Jemand auf die Ungültigkeit eines Geschäfts eine Klage oder Einrede baut [5]).

Allein es bezieht sich mit dieser Vermuthung nur auf dasjenige, was zu einem gewissen Geschäft selbst gehört; —

---

[4]) L. 5. § 1. D. de probat.

[5]) Weber a. a. O. S 284 folg.; auch die Noten 119. 120.

hingegen was von außen hinzukommt, mit dem Geschäft nicht zusammenhängt, sondern davon getrennt ist — ihm als ein besondres Geschäft vorhergehen muß, darauf bezieht es sich nicht. Die Rechtsgelehrten drücken dies so aus, daß sie sagen: es beziehe sich damit auf die forma negotiorum intrinseca; nur diese sey zu vermuthen, während alles, was zur forma extrinseca gehöre, bewiesen werden müsse [6]).

Noch weniger ist eine andre Stelle, deren z. B. Voet [7]) bei dieser Gelegenheit gedenkt, von Einfluß. Sciendum est generaliter, si quis scripserit, se fidejussisse videri omnia solenniter acta [8]). Um diese Stelle gehörig zu verstehen, muß man wissen oder vielmehr sich erinnern — denn wer weiß es nicht? — nach Römischem Recht gehört zum Wesen der Bürgschaft die Form der Stipulation; ohne sie ist das Geschäft nicht Bürgschaft, sondern — constitutum debiti alieni [9]). Wer also bekennt, er habe sich verbürgt, hat eben dadurch zugestanden, daß es in der Form der Stipulation geschehen, m. a. W., daß alles geschehen sey, was zur Stipulation, mithin auch zur Bürgschaft gehört. Es ist nur eine Entwickelung dessen, was in den Worten schon enthalten ist. Auch wird es an einer andern Stelle mit dem Grundsatz, wie dasjenige, was ein Bürge durch die Schrift als geschehen zugestanden hat, für wirklich geschehen

---

[6]) *Glossa* ad L. 13. §. 2. D. de publ. in rem act. *Cocceji* c. l. Resp. ad obj 1. *Hofacker* princ. jur. civ § 218.

[7]) ad D. tit. de rebus eorum, qui sub tutela nr. 11.

[8]) L. 30. D. de Verb Obl

[9]) L. 5. §. 3. D. de Verb. Obl L. 12. C. de fidejussor.

anzunehmen sey, zusammengestellt, und zwar als eine Folge, die aus diesem Grundsatz fließt [10]). Vielleicht sind beide Aussprüche, der jetzige des Ulpian und der vorige des Paulus, von gleicher Bedeutung; beide entwickeln nur den Sinn gewisser Ausdrücke, ohne etwas Neues zu setzen; sie sind beide analytisch, keiner ist synthetisch. —

Daß dem Käufer und nicht dem Minderjährigen der hier zu führende Beweis obliege, wird, den Rechtsgelehrten zufolge, bewiesen, ich aber sage bestätigt, durch einen Ausspruch des Cajus.

L. 13. § 2. D. de publ. in rem act.

Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore lege non prohibente se emisse.

Steht es hier nicht deutlich, wer Mündelgüter gekauft hat, muß beweisen, wie dies auf eine Art geschehen sey, daß das Gesetz den Verkauf nicht mißbilligt? Doch Weber will dieser Stelle keine Beweiskraft zugestehen; sie handle, wie der Zusammenhang deutlich zeige, von dem Fall, da der Käufer der Sachen eines Minderjährigen dieselben klagend, mit der actio in rem publiciana, verfolgen wolle. Allein, es kann gar keinen Unterschied machen, ob der Käufer auf den Handel und dessen Gültigkeit eine Klage, oder ob er die Vertheidigung gegen eine Klage, eine Einrede, darauf gründet, und eben so wenig, ob, wenn er klagt, er sich der actio in rem publiciana oder irgend einer

---

[10]) *§ ult. J. de fidejusf.* In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi: ut quodcunque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse: videri omnia solenniter acta.

andern bedient. Ist es für den Käufer, welcher sich der Publiciana bedient, nicht genug, den Handel selbst zu beweisen, sondern muß er auch zeigen, daß der Handel unter solchen Umständen oder in der Art geschlossen sey, daß der sonst verbotene in diesem Fall gültig gewesen, wie sollte er in andern Fällen von diesem Beweise frei seyn? Oder ist nicht vielmehr, was hier, bei Gelegenheit der publiciana, gelehrt wird, auf andre Fälle, da der Gläubiger sich auf den Handel, und folglich auch auf dessen Gültigkeit, zum Behuf von Ansprüchen gegen Andre oder seiner Vertheidigung gegen die Ansprüche Anderer, beruft, mit gleicher Stärke anwendbar? — Ein anderer Einwurf ließe sich eher hören. Man könnte sagen: das *lege non prohibente* (se emisse) solle kein Gegenstand des vom Kläger zu führenden Beweises seyn, sondern nur eine nebenher erwähnte Voraussetzung der Klage. Indessen scheint die natürliche und näher liegende Auslegung, wie das lege non prohibente (se emisse) zum thema probandum mitgehöre und keinesweges ein bloßer, hier müßiger, Zusatz — eine Parenthese, und zwar eine leere — sey, den Vorzug zu verdienen.

Besonders entsteht die Frage, was in Ansehung der Beweislast Rechtens sey, wenn der Käufer behauptet, daß der Verkauf, weil er, zum Lebensunterhalt des Mündels, oder, zur Bezahlung dringender Schulden, nothwendig gewesen, von der zuständigen vormundschaftlichen Behörde, nach vorhergegangener Untersuchung, per decretum erlaubt worden? Muß hier der Mündel beweisen, daß der Verkauf nicht nothwendig gewesen, oder daß darüber keine Untersuchung angestellt worden oder kein decretum de alienando dem Verkauf vorhergegangen

— oder, liegt es nicht vielmehr dem Käufer ob, zu beweisen, daß necessitas alienandi, causae cognitio und decretum magistratus competentis und alles dieses conjunctim vorhanden gewesen und den sonst verbotenen Handel in diesem Fall rechtfertigen, folglich eine gültige Veräußerung das frühere Eigenthum des Minderjährigen vernichtet habe?

Eigentlich sind es nur diese Fragen, welche mit der Glosse die Rechtsgelehrten im Sinne haben, wenn sie untersuchen, ob dem Käufer oder dem Minderjährigen die Last des Beweises obliege. Allein der Kauf eines Mündelguts, welcher der Regel nach verboten ist, kann ja auch aus andern Gründen ausnahmsweise erlaubt seyn, z. B. weil der Vater oder derjenige, aus dessen Nachlaß das Grundstück herrührt, der es dem Minderjährigen vermacht oder es auf ihn vererbt hat, diesen Verkauf erlaubt hat [11]). Man sollte daher die Frage nicht auf den einen ausgenommenen Fall beschränken, sondern sie, so wie hier geschieht, erst im Allgemeinen erörtern, und sodann für diesen besondern Fall eine besondere Betrachtung der allgemeinen folgen lassen.

Im Grunde kann die aufgeworfene Frage, was diesen besondern Fall betrifft, nur höchst selten bei Gericht zur Sprache kommen. Denn, wenn der Minderjährige sein Grundstück zurückfordert und der Beklagte einwendet, es sey ihm gültig verkauft worden, so müssen die gerichtlichen Acten seine Behauptung bestätigen. Diese müssen darüber Auskunft geben, daß der Verkauf — z. B. wegen dringender Schulden — nothwendig gewesen, und, nachdem dieses

---

[11]) L. 1. § 2. L. fin. D. de rebus eorum, qui sub tutela L. 3 C. quando decreto opus non est.

durch gerichtliche Untersuchung ausgemittelt worden, durch ein *decretum de alienando* von Seiten der obervormundschaftlichen Behörde erlaubt worden [12]. Lassen die gerichtlichen Acten dies nicht ersehen, so ist anzunehmen, daß es nicht geschehen sey.

Wenn aber die gerichtlichen Schriften — z. B. bei einem Brande — verloren gegangen sind, nur dann kann eigentlich die Frage über die Beweislast entstehen, ob sie dem Minderjährigen, ob sie dem Käufer aufzubürden sey. Hier ist nun so viel nach dem Vorhergehenden von selbst klar, daß der Käufer beweisen müsse, wie ein *decretum de alienando* von der zuständigen obervormundschaftlichen Behörde ertheilt worden sey. Aber hat er auch nöthig, zu beweisen, wie der Verkauf, z. B. wegen Schulden, nothwendig gewesen und dies durch eine darüber zuvor angestellte gerichtliche Untersuchung ausgemittelt sey? Oder ist beides nicht vielmehr bis zum Beweise des Gegentheils zu vermuthen?

Man könnte sagen, es sey allein nicht genug, zu beweisen, daß ein decretum de alienando ertheilt worden, sondern es müsse auch bewiesen werden, daß die Behörde die Befugniß gehabt habe, es zu ertheilen, es sey m. a. W. nicht genug, das Vorhandenseyn des einen Erfordernisses zu einem gültigen Handel zu beweisen, sondern es müßten auch die andern beiden mit bewiesen werden.

---

[12]) *L. 6. C. de praediis et aliis rebus minorum.* Minorum possessionis venditio per procuratorem, delato ad Praetorem, vel Praesidem provinciae libello fieri non potuit: cum ea res confici recte aliter; non possit, nisi apud acta causis probatis, quae venditionis necessitatem inferunt, decretum solenniter interponatur.

Auf der andern Seite möchte man glauben, weder das Vorhandenseyn, noch der Mangel dieser Erfordernisse könne im Streit zwischen dem Minderjährigen und dem Käufer Gegenstand des Beweises seyn, ja überhaupt in Frage kommen. Denn, wenn die Obrigkeit den Verkauf nun einmal bewilligt hat, so scheint es, dem Käufer, der, im Vertrauen auf die Staatsbehörde, den von ihr erlaubten Handel eingegangen ist, diesem Käufer könne nichts zur Last gelegt werden, und dem Minderjährigen bleibe nichts übrig, als auf den Vormund und die Obrigkeit zurückzugehen, um sich von ihnen seines Schadens zu erholen, wenn sie nämlich ihre Pflichten verletzt haben. Ob der Verkauf nothwendig sey, kann der Käufer nicht einmal wissen und steht nicht zu seiner Beurtheilung. Ihm kann es genug seyn, daß diejenige Behörde, die mit der Untersuchung über das Vorhandenseyn von Gründen zum Verkauf beauftragt ist, und der allein das Urtheil über die Zulässigkeit dieser Maaßregel gebührt, durch ein decretum de alienando den Verkauf erlaubt hat. Indessen ist dieser Einwand nach den Gesetzen, wie sie sind, leicht zu widerlegen. Diese nämlich sehen den Verkauf nicht bloß wegen Mangels des obrigkeitlichen Decrets, sondern auch, wenn die übrigen Erfordernisse fehlen, als ungültig an. Es steht dem Minderjährigen auch in solchen Fällen nicht bloß eine persönliche Klage gegen den Vormund und die Obrigkeit zu auf Entschädigung, sondern eine dingliche gegen jeden Besitzer zur Wiedererlangung einer Sache, die durch den ungültigen Verkauf nicht aufgehört hat, die seinige zu seyn. So heißt es namentlich, wenn nicht wegen dringender Schulden, sondern bloß in Hinsicht auf den Vortheil des Minderjährigen, der Prätor den Verkauf erlaubt habe, *nullam esse venditionem nullumque*

decretum[13]. Und weiter heißt es: Manet actio pupillo, si postea poterit probari, obreptum esse praetori. Und diese Klage ist eine actio in rem. Sed videndum est, utrum in rem, an in personam dabimus ei actionem? Et magis est, ut in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores[14]. Dem Decret muß, sagen ferner die Gesetze, eine causae cognitio vorhergehen[15]. Und Grundstücke, welche *sine causae cognitione* et interpositione decreti verkauft sind, können auch vom dritten Besitzer abgefordert werden, wenn er, ein redlicher Besitzer, nicht etwa unter dem Schutz der Verjährung steht[16] — die jedoch erst nach vollendeter Minderjährigkeit zu laufen anfangen kann. — Ueberhaupt kann nur ein rechtmäßig (jure) ertheiltes Decret dem Minderjährigen das Eigenthum entziehen[17].

Hat nun das Gesetz die Erlaubniß zum Verkauf an die Bedingung gebunden, daß der Verkauf aus Noth geschieht, aus wirklicher, nicht bloß vorgegebener, und dieses durch die

---

[13]) L. 5. § 14. D. de rebus eorum, qui sub tutela.

[14]) L. 5. § 15. eodem. Damit stimmen überein L. 1. § 2. D. eod. imgl. *L. 5. C. de praediis et aliis rebus minor.* Et si Praeses provinciae decreverit alienandum vel obligandum pupilli suburbanum, vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, si falsis allegationibus circumventam religionem ejus probare possit, Senatus reservavit: quam exercere tu quoque non vetaberis.

[15]) *L. 12. C. de praediis et aliis rebus minorum.* Ob aes alienum tantum, causa cognita Praesidali decreto praedium rusticum, minoris provinciale distrahi permittitur. *L. 18. C. eod.* Si minores, vel ex patris nomine, vel ex suo, debitis duntaxat fiscalibus urgentibus, vel ex privatis contractibus reperiantur obnoxii; decreti interpositio a Constantiniano Praetore celebranda est, probatis examinatisque causis: ut patefacta rerum fide, firma venditio perseveret.

[16]) L. 3. C. Si quis ignorans, rem minoris esse etc.

[17]) L. 11. C. de praediis et aliis rebus minor.

angestellte Untersuchung ausgemittelt ist, war die obrigkeitliche Behörde nur unter dieser Voraussetzung überhaupt berechtigt, den Verkauf zu erlauben, so scheint auch dieses, was zur Gültigkeit des Handels mit gehört, zum Beweise mit zu gehören. Es müßte ja die Obrigkeit, wenn sie selbst in Anspruch genommen würde, durch die Acten beweisen, daß sie den ihr gemachten Auftrag — ihre Amtspflicht — wie es das Gesetz vorschreibt, erfüllt habe, und da dies, der Voraussetzung zufolge, nicht möglich ist, müßte dieser Beweis auf andre Art von ihr geführt werden. Eben so, kann man sagen, gebühre dem Käufer, welcher das Verfahren der Obrigkeit als rechtmäßig vertheidigt, es zu dem seinigen macht, indem er aus der Rechtmäßigkeit dieses Verfahrens sein Recht auf den Besitz ableitet, den Beweis zu führen, daß die gesetzlichen, beim Verkauf der Mündelgüter zu beobachtenden, Vorschriften sämmtlich in Acht genommen sind. Es geht auch die gewöhnliche Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, die dem Käufer den Beweis auflegen, dahin, er müsse beweisen, daß jene gesetzlichen Vorschriften alle beobachtet sind. Sie legen ihm den Beweis auf, ohne selbigen auf das bloße Vorhandenseyn des *decreti de alienando* zu beschränken; der Käufer müsse beweisen, sagen sie — *solemnitates intervenisse*. Als Gründe führen sie an 1) den schon oben erwähnten Ausspruch des Cajus: Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, *lege non prohibente* se emisse. 2) Die Beobachtung jener Erfordernisse — der sogenannten solemnium — sey ein factum, und also nicht zu vermuthen. 3) Der Käufer berufe sich auf einen unter Beobachtung jener Erfordernisse geschlossenen Kauf und müsse mithin, gleichwie den Kauf, also auch die Beobachtung der Solem-

nien erweisen [18]). Dies sey auch 4) der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten und dem Gerichtsgebrauch gemäß [19]).

Der angebliche Gerichtsgebrauch mag auf sich beruhen bleiben; die übrigen Gründe halte ich für unwiderleglich, wenn die Frage bloß nach Grundsätzen des Römischen Rechts entschieden werden soll. Und darnach müßte der Käufer beweisen, nicht bloß, daß ein obrigkeitliches decretum de alienando ertheilt sey, sondern auch, daß der Verkauf nothwendig gewesen und darüber eine gehörige Untersuchung angestellt sey.

Allein es ist genug, daß der Käufer das Vorhandenseyn eines gerichtlichen *decreti de alienando* erweist; die übrigen Erfordernisse sind sodann bis zum Beweise des Gegentheils zu vermuthen. Es kömmt hier nämlich der Grundsatz in Betrachtung, den an mehreren Stellen das Canonische Recht aufstellt, wornach die Vermuthung dafür streitet, daß der Richter rechtmäßig gehandelt, bei seinem Verfahren die Gesetze gehörig befolgt habe [20]).

Es ist nur noch übrig, einer Stelle im Codex zu ge-

---

[18]) L. 1. l. 16. C. de probat.

[19]) *Carpzov* L. 1. Resp. 80. nr. 1 et 17 et nr. 24 ibique DD. et part. 1. c. 11. d. 32. n. 1. *Brunnemann* ad l. 3. C. de probat. *Cocceji* jus civ. controv. lib. 27. tit. 9. qu. 2.

[20]) cap. 16. X de sent. et re jud. cap 6. de renunc. cap. 23. X. de elect. S. auch meine Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien Th. 1. Abh. 8. § 8. Note 21.

Für diese Meinung kann auch Voet (ad tit. D. de rebus eorum, qui sub tutela nr. 11.) als Gewährsmann gelten, welcher nach einigen Verirrungen doch am Ende auf den rechten Weg gekommen ist. Er lehrt nämlich, die Gültigkeit eines Handels oder rechtlichen Geschäfts sey zwar sonst zu vermuthen, indessen finde hier in favorem pupilli eine Ausnahme Statt. — Der Käufer würde also beweisen müssen, *nullas praetermissas esse requisitas in hujus-*

denken, welche für die entgegengesetzte Meinung angeführt zu werden pflegt [21])

L. 16 C. de praediis et aliis rebus minorum.

Si praedium rusticum, vel suburbanum, quod ab urbanis non loco, sed qualitate secernitur in pupillari aetate constituta, tutore auctore, vel adulta sine decreto Praesidis provinciae in qua situm est, venundedisti: secundum sententiam Senatusconsulti dominium ejus, sive jus a te discedere non potuit, sed vindicationem ejus, et fructuum, vel his non existentibus, condictionem competere constitit. Emtor autem si probare po-

---

modi rerum emtione solemnitates. Und dann setzt er hinzu: Plane si satis aperte per eum, in quem facta alienatio, decreti interpositio probata fuerit, magis est, ut praesumi debeat, omnia solemniter acta esse, adeoque et legitimam praecessisse causae cognitionem et urgentem fuisse decernendi causam; maxime si haec omnia in conscripto per actuarios decreto commemorentur intervenisse: cum credendum in dubio sit, judicem ac magistratum, in decernendo recte atque ordine cuncta gesturum esse ac muneris sibi demandati partes fideliter impleturum, uti quivis alius in dubio bonus atque diligens praesumitur, donec contrarium probatum fuerit arg. l. 2. C. de officio jud. civ. Es ist hier Wahres mit Falschem vermischt, wie der Leser leicht selbst bemerken wird. Am Ende wird doch ein richtiger Grundsatz aufgestellt, der aber wieder aus unrichtigen Gründen abgeleitet wird Voet beruft sich dann auch noch auf den oben vorgetragenen Lehrsatz des Ulpianus: Manet pupillo actio, si postea poterit probari, obreptum esse praetori; und sieht darin eine Anwendung der oben vorgetragenen Grundsätze. Allein, die Stelle beweist nur, daß dem Minderjährigen der Beweis obliege, wenn er behauptet, wie das gerichtliche Decret durch falsche Angaben von Seiten der Vormundschaft erschlichen sey. Dieser Satz besteht ganz für sich und der hier zu führende Beweis kann als eine Art von Gegenbeweis angesehen werden.

[21]) *Perez* ad tit. C. de praediis et aliis rebus minorum nr. 14

tuerit ex caeteris facultatibus obedire te muneribus sive oneribus non potuisse, ad utilitates praeterea tuas cessisse pecuniam, quam pretii nomine sumpseras: doli exceptionis auxilio pretium cum usuris quas praestitura esses, et sumptus meliorati praedii servare tantummodo potest.

Diese Stelle scheint deutlich zu ergeben, der Käufer müsse beweisen, nicht bloß, daß die Obrigkeit den Verkauf erlaubt habe, sondern auch, daß der Verkauf nothwendig gewesen, und darüber eine gehörige Untersuchung angestellt worden. Allein, mit Erlaubniß jener Ausleger, die Stelle beweist das nicht und gehört gar nicht hieher. Man darf sie nur etwas näher beleuchten und besonders auf die Schlußworte achten, um sich bald hiervon zu überzeugen. Der Beweis, der hier dem Käufer aufgelegt wird, nämlich, daß der Verkauf wegen Schulden nothwendig gewesen, sollte gar nicht dazu dienen, den Handel aufrecht zu erhalten. Dieser war nun einmal ohne allen Streit ungültig, weil, wie gebieterisch ihn auch die Noth gefordert haben mochte, doch immer kein gerichtliches decretum de alienando den Verkauf erlaubt hatte. Jener Beweis sollte hier nur den Zweck haben, das Verlangen des Käufers, welcher das Kaufgeld mit Zinsen ersetzt haben wollte, zu begründen. Kurz, die Stelle beweist bloß, was wir auch aus anderen Stellen wissen [22]), daß der Käufer, welcher von dem Minderjährigen den Ersatz des Kaufgeldes begehrt, nöthigenfalls die versio in rem beweisen müsse.

Nun, glaubt der Leser, sind wir am Ende. Aber, er irrt sich; es bietet sich abermals eine Stelle dar, welche für die entgegengesetzte Meinung zu sprechen scheint und die von viel größerem Gewicht ist, wie die vorige.

[22]) L. 10. L. 14. C. eodem.

L. 2. C. Si quis ignorans, rem minoris esse, sine decreto comparaverit.

Si contra amplissimi ordinis decretum possessiones tuae distractae sunt, conveni earum possessorem, ut (si ita probaveris gestum) et possessio retrahatur, et fructus universi revocentur, si non bona fide emptorem fuisse, qui emit, constiterit.

Hier scheint deutlich gesagt zu werden, der Minderjährige müsse beweisen, daß gegen das Senatusconsultum unter Septimius Severus sein Grundstück verkauft worden, also, daß kein gerichtliches Dekret den Verkauf erlaubt habe — oder der Verkauf nicht nothwendig gewesen – oder keine causae cognitio darüber angestellt worden. Diese Auslegung liegt sehr nahe; indessen hat sie die Gerechtigkeit und das Gesetz — L. 13. § 2. D. de publ. in rem act. – gegen sich. Soll sie nicht mit beiden in Widerspruch stehen, so muß ein anderer Sinn darin liegen, als auf den ersten Blick darin zu liegen scheint. Dieser Sinn muß aufgefunden werden — oder die ganze Abhandlung ist vergebens geschrieben. In dieser Verlegenheit sehe ich mich bei den Glossographen nach Hülfe um, als welche die entgegengesetzte Meinung ursprünglich in Schutz nahmen. Und siehe da! nicht vergebens. Allerdings, sagen sie, muß nach dieser Stelle der Minderjährige, was er behauptet, also, daß der Handel ungültig sey, beweisen; aber dieser Beweis wird hier schon dadurch geführt, daß von Seiten seines Widersachers das Gegentheil, also, daß der Handel gültig sey, nicht bewiesen wird. Wiederum wird der Leser, zumal ein deutscher, vielleicht sagen, diese Erklärung gefalle ihm nicht; sie sey zu künstlich; auf solche Art könne man in allen Fällen, da dem einen der Beweis aufgelegt wird, die Last desselben auf den andern wälzen.

Ich wüßte eine andere Art, wie der Stein des Anstoßes aus dem Wege geräumt werden könnte, ja wohl zwei andere Arten, oder gar drei. 1. Die Stelle kann von einem (gegen das, was die Acten enthalten) zu führenden Gegenbeweise verstanden werden. 2. Es ist hier gar die Rede nicht davon, die Beweislast zu vertheilen und was, beiläufig oder in parenthesi, von einem von Seiten des Minderjährigen zu führenden Beweise gesagt wird, bezieht sich nicht sowohl auf ein Beweisen, als auf ein Zeigen. Ob nach dem Gesetz oder gegen dasselbe gehandelt sey, müssen die gerichtlichen Acten ergeben und dem Minderjährigen wird hier die Hoffnung gemacht, daß er sein verkauftes Grundstück wieder erhalten wird, wenn er zeigen kann, daß, nach Ausweisung der gerichtlichen Acten, die Solemnien nicht beobachtet sind, welche das Gesetz vorgeschrieben hat. Damit ist gar nicht gesagt, daß, wenn es in Fällen dieser Art eines Beweises im gewöhnlichen rechtlichen Sinne, durch andre Mittel, als die Acten sie darbieten, bedarf, daß dann der Beweis der Ungültigkeit des Handels dem Minderjährigen und nicht vielmehr der Beweis der Gültigkeit dem Käufer aufzubürden seyn sollte. Indessen kann 3. das Probare immerhin in gewöhnlicher Bedeutung gebraucht seyn und die Stelle steht meiner Meinung doch nicht im Wege. Ich habe schon gesagt, nach Römischem Recht muß der Minderjährige beweisen, *obreptum esse praetori*. Ein solcher Fall kann grade hier gemeint seyn. Das gerichtliche Decret wenigstens kann nicht gefehlt haben; denn dann wäre überall kein Beweis weiter nöthig gewesen. Vielleicht trifft diese Erklärung am Ende mit der ersten zusammen.

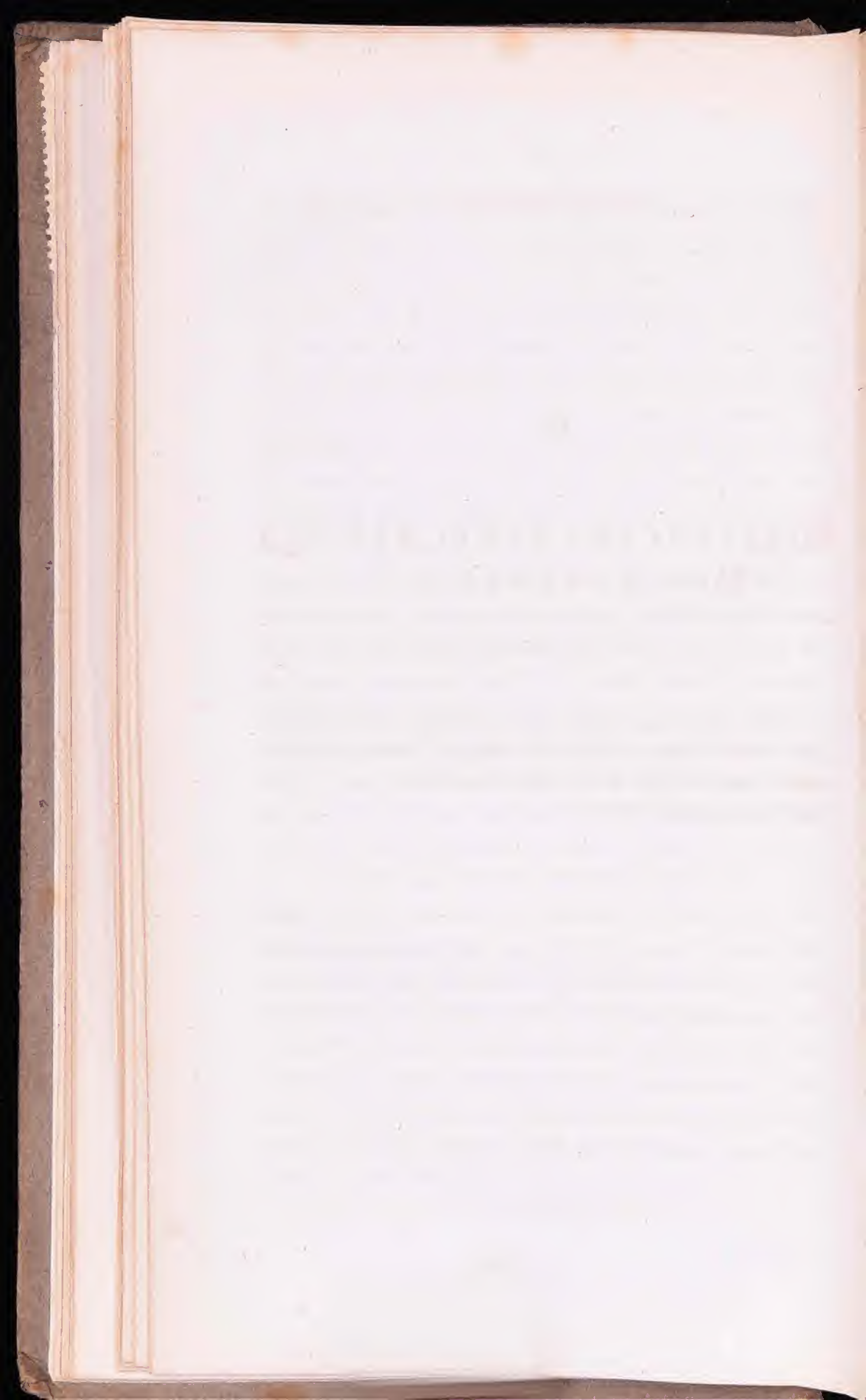
II. Bei-

II.

Beiträge zur Lehre von den Gerichtsständen *).

---

*) Diese unter einem gemeinsamen Titel vereinigten Abhandlungen erschienen zuerst im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 7. Jahrgang 1824. S. 412. ff. Der Eingang der ersten Abhandlung ist verändert.



Von den allgemeinen Gerichtsständen.

Wenn man von den allgemeinen Gerichtsständen reden will, wie ich gerade vorhabe, ohne die Materie erschöpfen zu wollen, scheint es ganz natürlich zu seyn, da man doch erst geboren seyn muß, ehe man sich einen Wohnort wählen kann, den Gerichtsstand des Geburtsorts demjenigen des Wohnorts voranzuschicken. Also pflegt es auch zu geschehen. Aber, aus Gründen, die sich am Schlusse von selbst ergeben werden, verändere ich diese, wie es scheint, natürliche Rangordnung.

1. Gerichtsstand des Wohnorts.

Vom Wohnort hängt es ab, welche Gesetze es sind und welche Obrigkeit, unter denen Jemand lebt und denen er zu gehorchen verbunden ist [1]); vom Wohnort hängt es ab, unter welchem Richter Jemand steht, bei welchem Richter er belangt und zur Verantwortung gezogen werden kann [2]). Es wird durch den Wohnort ein Gerichtsstand, und zwar der vorzüglichste von allen, begründet, und besonders in dieser Hinsicht wollen wir ihn hier in Betrachtung ziehen.

[1]) L. 29. D. ad Municipalem. | [2]) L. 29. D. eod.

So nothwendig die Gerichtsgewalt zum Staat gehört, so willkührlich ist die Art ihrer Ausübung. Hier kommt es bloß darauf an, unter allen möglichen Arten diejenigen auszuwählen, welche dem Zweck, den der Staat vor Augen haben muß, die Gerechtigkeit auf die leichteste und beste Art zu verwalten, am meisten entspricht. Es ließe sich denken, daß für das ganze Land nur Ein Gericht bestellt wäre, in welchem alle Bürger zu Recht stehen müßten, alle Sachen untersucht und alle entschieden würden. Aber, jeder sieht leicht, wie unzweckmäßig dies seyn würde, wenigstens in Ländern, die von einigem Umfange sind. Wie kostbar würde die Rechtspflege, wie sehr würde sie dadurch nicht verzögert und wie sehr erschwert werden! Ebendadurch würde wieder Mißtrauen, sich als Gläubiger in Schuldverhältnisse mit anderen einzulassen, Neigung zur Selbsthülfe, ja oft die Nothwendigkeit derselben entstehen. Die Hülfe des Staats, die jetzt schon oft nicht frühe genug kommen kann, würde dann in sehr vielen Fällen zu spät kommen. Besser ist es ohne Zweifel, wenn die Ausübung der Gerichtsgewalt unter mehrere vertheilt wird, entweder, nach Bezirken, oder, nach Geschäften, wenn also Gerichte bestellt werden, die für einzelne Theile des Landes, oder, für gewisse Arten von Sachen, ausschließlich zu richten, den Beruf haben. Besonders die erstere Art, die Gerichtsbarkeit auszuüben, dient zur Erleichterung und Beschleunigung der Rechtspflege. Daher überall eine Menge von Gerichten, von denen man nicht jedes nach Belieben wegen jeder Sache antreten kann, sondern jedem dieser Gerichte ist ein gewisser Sprengel oder Bezirk — oder auch, ein gewisser Geschäftskreis angewiesen, außerhalb dessen es zu richten, keine Gewalt hat. Das rö-

mische Recht kennt, meines Wissens, keine Gerichte, die, für einzelne Arten von Sachen bestellt wären und darin, ohne Rücksicht auf die Person des Beklagten, ausschließlich zu richten, den Beruf hätten; die Gerichte sind nur nach den Bezirken verschieden, für welchen jedes angeordnet ist. Will nun einer den andern belangen, so kann er ihn nicht etwa bei seinem eigenen Richter belangen, sondern nur bei dem Richter, dem sein Gegner unterworfen ist. Aus der Person des Beklagten ist die Zuständigkeit des Richters zu beurtheilen. Das römische Recht stellt die Regel auf: Actor sequitur forum rei [3]). Der Grund dieser Regel beruht ohne Zweifel darauf, daß mit der Macht, Recht zu sprechen, die Gewalt, das Urtheil zu vollziehen, also mit dem Richteramt der Gerichtszwang verbunden ist; folglich muß man denjenigen Richter antreten, welcher den verurtheilten Beklagten zwingen kann; denn sonst könnte es auch anders seyn. Der Richter nun, welcher über den Beklagten richterliche Gewalt hat, ist derjenige, in dessen Bezirk der Beklagte nicht etwa grade angetroffen wird oder auf eine vorübergehende Art verweilt, sondern worin er seinen Wohnort hat [4]). Wer in dem Sprengel wohnt, steht unter dem Richter dieses Sprengels. Die Rechtsgelehrten stellen die Regel auf: *Quidquid est sub districtu, est sub jurisdictione* [5]). Es

---

[3]) *L. 3. C. Ubi in rem actio.* Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis in quibus res, propter quas contenditur, constitutae sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.

[4]) *L. 2. C. de jurisdictione omnium judicum.* Juris ordinem converti postulas, ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur: nam ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet.

[5]) Mev. P. 1. dec. 130. Nota 1.

kann daher ein Beklagter bei dem Gericht seines Wohnorts und zwar der Regel nach selbst dann belangt werden, wenn die Gesetze in besonderen Fällen einen besonderen Gerichtsstand eingeführt haben, in welchem ein Kläger seinen Gegner nebenher zu belangen die Befugniß hat und der vorkommende Fall von dieser Art ist. Der Kläger nämlich hat, der Regel nach, zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Gerichtsstande in Fällen, wo einer Statt findet, wie bekannt ist, die Wahl. Eine Ausnahme von der Regel, daß der Beklagte bei dem Gericht seines Wohnorts zu belangen ist, findet außerdem nur Statt, wenn per modum privilegii gewisse Personen von der Gerichtsbarkeit ihres Wohnorts ausgenommen, einem anderen Gerichte untergeben sind, da denn ihr privilegirter Gerichtsstand an die Stelle des fori domicilii tritt — oder, wenn für gewisse Sachen eigene Gerichte bestellt sind, die in Sachen dieser Art ausschließlich zu richten den Beruf haben, und der Beklagte zu jenen Personen, die Sache zu diesen Sachen gehört. Ueberhaupt wird die Zuständigkeit des Gerichts entweder durch die Person des Beklagten, oder, durch die Beschaffenheit der Sachen [6]), der Regel nach aber durch die erstere und namentlich durch den Wohnort des Beklagten begründet.

Zum Wohnort in juridischer Bedeutung gehört bekanntlich zweierlei. Einmal die Thatsache des Aufenthalts an einem Ort, zweitens die Absicht, an diesem Ort einen

---

Für diesen Richter streitet daher auch die Vermuthung und der Beklagte, welcher behauptet, daß in Ansehung seiner eine Befreiung Statt finde, muß diese seine Behauptung beweisen. *Mev.* c. l.

[6]) *Schaumburg* princ. praxeos jur jud. cap. 2. gen § 10. nota *

festen Sitz und eine bleibende Stätte haben zu wollen; eine Stätte, von welcher Jemand ohne besondere Veranlassung oder Sinnesänderung sich nicht wieder entfernen will, oder, wie es im Codex heißt: *unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet* [7]).

Selbst ein auf die Dauer erwählter Aufenthalt scheint an und für sich noch keinen Wohnsitz zu begründen, und wer sich an einem Ort niederläßt, um dort einige Jahre zu bleiben, und dann anderswohin sich zu begeben, von dem würde man, glaube ich, nicht sagen können, er habe dort sein Domicilium, weil er nämlich zugleich die Absicht hegt, an einem andern Ort einen Aufenthalt von noch größerer Dauer zu haben. Ueberhaupt scheint die Absicht, den Aufenthaltsort zu wechseln, wenn sie gleich der Fortdauer des einmal begründeten Domicilii (allein) nicht im Wege steht, die Entstehung desselben unmöglich zu machen und wer sich nur auf einige Jahre an einem Ort niederläßt und dabei gleich anfangs entschieden die Absicht hegt, nach Ablauf dieser Jahre seinen Stab weiter zu setzen, der, scheint mir, sey, wenn er seinen vormaligen Wohnort aufgegeben, im rechtlichen Sinne heimathlos (was denn freilich auf einem anderen Wege zu denselben Wirkungen führt). Außerdem aber ist er einem Reisenden zu vergleichen. Anders denken z. B. Lauterbach und Pütter [8]). Aber wie stimmt

---

7) *L. 7. C. de incolis* — — Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur; quod si rediit, peregrinari jam destitit.

8) S. *Lauterback* Coll theoret. pract Lib 5. tit. 1. § 45. Unter Beziehung auf diese Stelle stellt Pütter in den Rechtsfällen

ihre Lehre zu den oben angeführten Schlußworten in der Stelle des Codex:

unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet.

Es stehen einander entgegen die Absicht, an einem Ort bleiben zu wollen, wodurch der Wohnort begründet wird, und die Absicht, den Aufenthaltsort zu wechseln, die den Reisenden und Heimathlosen auszeichnet.

Die Absicht, an einem Ort bleiben zu wollen, erhellet entweder aus einer ausdrücklichen Erklärung, und dahin wird es auch gerechnet, wenn Jemand am Ort seines Aufenthalts das Bürgerrecht gewinnt [9]); aber häufig muß man sich hier mit Vermuthungen behelfen. Dabei kömmt nun alles auf das vernünftige Ermessen des Richters an [10]). Es können dabei in Betrachtung kommen die Beschaffenheit der Person, ihr Stand und Gewerbe, die Art ihrer Thätigkeit an einem Ort, die Gründe ihres Aufenthalts, die Dauer des Aufenthalts und die Art, wie Jemand an einem gewissen Ort sich einrichtet, ob er sich mit seiner Familie dorthin begiebt, seine Güter dort hat, oder dorthin kommen läßt, oder wenigstens den größten Theil derselben. Doch alle Anzeigen, die aus Umständen dieser Art für die Absicht des zu errichtenden Wohnorts abgeleitet werden können, sind nicht so sicher, daß sie sich in allen Fällen bewähren sollten, und

---

(B. 1. Th. 4. Entsch. 163.) den Satz auf: Forum domicilii fundatum est, licet domicilium non ad dies vitae alicubi institutum sit, sed aliquamdiu tantum ob calamitates patriae bellicas, ita tamen, ut praxi e. g. medicae, ibi operam navet. Engel (coll. jur. canon. lib. 2. tit. 2. § 1 no. 8.) und Cramer (Observat. jur. un. tom. 5. obs 1392) nennen ein solches forum ein forum quasi domicilii.

[9]) *Struv.* Syntagma jur. civ. tit de judiciis § 22. *Hellfeld* jurisprudentia for. § 513.

[10]) *Leyser* spec. 72. med 1.

selbst die langwierige Dauer des Aufenthalts an einem Ort wird uns nicht immer, oder doch nicht allein, berechtigen, auf das Vorhandenseyn jener Absicht mit Sicherheit zu schließen. Auf der anderen Seite kann schon der bloße Aufenthalt an einem Ort jene Vermuthung erwecken, wenn kein vorübergehendes Geschäft oder Zweck Jemanden, daß man es wüßte, an diesem Ort verweilen macht. So schreibt Hellfeld [11]). Tacita vero declaratio fit facto, quale est, si quis in loco quodam habitare et res suas ibi habere incipit, nec constat de particulari quodam, quod in loco curandum habet, negotio. Nur möchte jene Vermuthung allein schwerlich ausreichen. Besonders wird der Umstand, daß Jemand an dem Ort, wo er sich aufhält, ein eigenes Haus erwirbt, oder, wie es in jener Stelle des Codex heißt: si quis *larem*, rerum ac fortunarum suarum summam (alicubi) *constituit*, ob es gleich zur Errichtung eines Wohnsitzes nicht durchaus erforderlich ist, auf den Vorsatz, an diesem Ort wohnen zu wollen, wenn auch nicht immer mit Sicherheit, schließen lassen. Der Erwerb eines eigenen Hauses, um es zu bewohnen, berechtigt uns ohne Zweifel, bei dem Erwerber den Vorsatz zu vermuthen, an diesem Ort eine bleibende Stätte zu haben. In diesem Fall pflegt es vorzugsweise zu heißen, Jemand habe sich an dem Ort häuslich niedergelassen.

Wie nun zur Begründung des Wohnorts zweierlei zusammenkommen muß, das Seyn an einem Ort und der Wille, dort bleiben zu wollen, so sollte man glauben, müsse der Wohnort aufhören, wenn auch nur das Eine von Bei-

---

[11]) unter Berufung auf L. 17. § 13. L. 27. § 1. D. ad Municip. und L. 2. C. ubi senat.

den wegfällt, und besonders das Seyn. Beim Domicilio kommt es doch hauptsächlich an auf die Thatsache des Aufenthalts an einem Ort, und wenn diese fehlt, so scheint es, es lasse sich auch bei Fortdauer des Animus eine Fortdauer des Domicilii schwerlich behaupten. Es scheint etwas Widersinniges zu enthalten, von Jemandem anzunehmen, er wohne an einem Ort, wenn er bloß die Absicht hat, dort wohnen zu wollen.

Allein, wenn Jemand an einem gewissen Ort seinen Wohnsitz einmal aufgeschlagen hat, so ist die bloße Veränderung des Aufenthalts zur Veränderung des Domicilii so wenig hinlänglich, als die bloße Absicht, das bisherige Domicilium aufzugeben; es muß beides zusammenkommen. Wie zum Entstehen des Wohnorts zweierlei gehört, gehört auch zweierlei zum Aufhören desselben, und zwar das Entgegengesetzte, nämlich einmal Veränderung des Aufenthalts, und zweitens Veränderung der Absicht; es muß Entfernung vom bisherigen Wohnort und Wille, den bisherigen Ort nicht länger zum Wohnort zu haben, zusammentreffen. Wenn daher Jemand an einem Ort nicht länger wohnen will, und selbst wenn er dies ausdrücklich erklärt, dauert sein Wohnort dennoch fort, so lange, bis er sich wirklich wegbegeben, und eben so wird das Domicilium durch die bloße Entfernung von einem Ort nicht verloren, sondern es muß die Absicht hinzukommen, den früheren Wohnort aufzugeben, und wenn Jemand von seinem bisherigen Wohnort sich wegbegiebt, wird das Domicilium durch den bloßen animus beibehalten, nämlich durch den animus revertendi. Das Domicilium, sagen die Rechtsgelehrten, sey hierin dem Besitz zu vergleichen. Zu Anfange sey, neben dem animus, wirkliches Wohnen zur Begründung desselben erforderlich; nach

dem es aber einmal begründet ist, sey ein ununterbrochener Aufenthalt zur Fortdauer desselben nicht nöthig, es werde daher beibehalten, obgleich Jemand, dem Leibe nach, abwesend ist [12]).

Wir sind nun zwar eben nicht berechtigt, auf das Domicilium anzuwenden, was vom Besitz gilt, der es von der Befugniß erborgt, daß er auch in Abwesenheit des Besitzers fortdauert; indessen ist so viel klar, daß eine vorübergehende Abwesenheit nicht in Betrachtung kommen kann. Wer an einem Ort wohnt, hat nicht gerade die Absicht, sich auf diesen Ort zu beschränken, sondern, wenn er gleich diesen Ort zur bleibenden Stätte erwählt, behält er sich doch im Stillen vor, sich zu Zeiten davon zu entfernen, wie er sich die Freiheit vorbehält, ihn allenfalls auch ganz aufzugeben. Der Ort soll ihm nicht Gefängniß, sondern nur regelmäßiger Aufenthaltsort seyn. Daher heißt es in jener, für diese Lehre so wichtigen Stelle des Codex, nachdem die Frage, wo Jemand sein Domicilium habe, beantwortet ist: *unde cum profectus est, peregrinari videtur; quodsi rediit, peregrinari jam destitit.* Man kann daher mit Recht sagen, Jemand behalte sein Domicilium bei, was er bisher an einem gewissen Ort hatte, wenn er bei der Entfernung den Vorsatz hegt, dahin zurückzukehren.

Dabei entsteht die Frage, ob Jemand, indem er sich entfernt, positiv die Rückkehr wollen müsse, oder ob es nicht vielmehr genug sey, wenn er den animus, den er bisher hatte, an diesem Ort zu wohnen, nicht aufgiebt. In der That ist der animus revertendi, wodurch das Domicilium an dem bisherigen Ort, ungeachtet der Abwesenheit, erhal-

---

12) *Müller* ad Struv. syntagma § 31 nota a

ten wird, nichts anders, als der unverändert fortdauernde Wille, an dem bisherigen Ort zu bleiben. Zur Fortdauer des Wohnorts bedarf es also keiner neuen Willensbestimmung, und eben daher braucht auch nicht erwiesen zu werden, daß Jemand, als er sich von einem gewissen Ort entfernte, die Absicht hegte, dorthin zurückzukehren; es muß vielmehr bewiesen werden, daß er die Absicht, an dem bisherigen Ort zu wohnen, fahren ließ [13]).

Ist die Absicht, den bisherigen Wohnort zu verlassen, ausdrücklich erklärt, so hat die Sache ihre gewiesenen Wege. In den meisten Fällen wird es daran oder doch am Beweise fehlen, und dann kömmt es eben so, wie bei der Entstehung des Wohnorts, auf das, was, nach den Umständen, zu vermuthen, und auf das vernünftige Ermessen des Richters an [14]). Besonders können dabei in Betrachtung kommen die Art der Entfernung, z. B. ob Jemand seine Familie und Sachen mit sich nimmt — und die Dauer der Abwesenheit. Die Rechtsgelehrten pflegen, gestützt auf eine mißverstandene oder vielmehr gar nicht hieher gehörige, von einem besondern Fall handelnde Stelle des Codex — *L.* 2. *C. de incolis* — eine Abwesenheit von zehnjähriger Dauer zu erfordern, und diese soll, wie Struv bemerkt, nach der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten auch nur in zweifelhaften Fällen den Ausschlag geben [15]). Die Wahrheit scheint zu seyn, wie sich hier kein gewisses Zeitmaß festsetzen läßt, daß aber Aufgebung eines einmal erwählten Wohnorts so leicht nicht, sondern, nur aus dringenden Grün-

---

[13]) Ueberhaupt muß die Veränderung des Domicilii erwiesen werden. *Struv.* c. 1. § 32.

[14]) *Leyser* spec. 72. med. 1.

[15]) *Syntagma* c. 1. § 32.

den anzunehmen, daß die bloße Dauer der Abwesenheit zu dem Schlusse der Aufgebung nicht berechtige, daß sie aber, mit anderen Umständen zusammen genommen, sehr viel, und, je länger sie dauert, immer um so mehr bewirke. Fehlt es bloß an Gründen, die den Vorsatz der Rückkehr offenbaren, dieses wird nicht genug seyn; es müssen Gründe für den Vorsatz der Aufgebung streiten, z. B. Veräußerung des bisherigen Wohnhauses. Die Beibehaltung einer Wohnung während der Abwesenheit ist ein Gegenindicium.

Daraus, daß Jemand an einem anderen Ort einen zweiten Wohnsitz aufschlägt, folgt nicht nothwendig, daß er den bisherigen aufgegeben habe: denn es ist möglich, daß Jemand an zweien Orten zugleich wohne [16]). Damit man sagen könne, daß Jemand an zweien Orten zugleich sein Domicilium habe, muß er es an jedem haben, d. h. an jedem Ort wirklich wohnen, mit der Absicht, daselbst eine bleibende Stätte zu haben, z. B. im Sommer hier, im Winter dort [17]). Hingegen wird er nicht an beiden wohnen, wenn er nur an dem einen wohnen, an dem anderen sich nur dann und wann einmal aufhalten will. Das Wohnen an mehreren Orten zugleich wird hauptsächlich wohl nur dann Statt finden, wenn Jemand, indem er einen neuen Wohnort erwählt, die Absicht, an dem bisherigen zu wohnen, noch nicht völlig aufgegeben hat. Wiewohl nun in der Erwählung eines neuen Wohnorts die Aufgebung des bisherigen nicht nothwendig enthalten, weshalb sich Struv [18]) sehr vorsichtig und genau ausdrückt, wenn er schreibt: Mutatur domicilium adeoque etiam forum, translata habitatione in alium locum, *juncto animo, non in priori, sed in hoc sedem fixam habendi,*

[16]) L. 27. § 2. D. ad Municip.

[17]) *Müller* ad Struv. c. l. 26. nota.

[18]) c. l. § 32.

so wird der Fall, daß Jemand wirklich an zweien Orten zugleich seinen Wohnort hätte, doch nur selten, sehr selten vorkommen, und eben daher wird, wenn Jemand anderswo sein Domicilium aufgeschlagen hat, ohne besondere und sehr triftige Gründe an der Aufgebung des bisherigen kaum zu zweifeln seyn.

Es ist aber freilich nicht nöthig, damit das bisherige Domicilium aufhöre, daß Jemand es anderswo aufschlage. Es kann Jemand sein bisheriges Domicilium aufgeben, ohne ein neues zu erwählen. Ein solcher ist, wenigstens einstweilen, sine domicilio, also im rechtlichen Verstande vagabundus oder heimathlos.

Heimathlos kann jemand aus verschiedenen Gründen seyn, entweder, weil er die bisherige Wohnstätte verlassen und noch keine neue gefunden hat, oder, weil er nach der neuen gerade auf dem Wege ist [19]), z. B. eine Familie von Auswanderern befindet sich auf der Reise nach Amerika, oder, weil er sich überhaupt an keinen bestimmten Ort binden, die Welt als sein Vaterland betrachten will. Oder seine Lebensart bringt es mit sich, daß er sich auf keinen bestimmten Ort beschränken kann, sondern, um seinen Unterhalt zu finden, muß er sich bald hierhin wenden, bald dorthin. Dahin gehören alle, die, ohne einen bestimmten Wohnort zu haben, umherziehen, um sich oder ihre Künste oder Sachen für Geld sehen zu lassen, namentlich Schauspieler. Einen solchen, der seinen Wohnort überall und nirgends hat, stellt man bekanntlich vor Gericht, wo man ihn eben findet. Bei ihm heißt es: *Ubi te invenero, ibi te judico*, und keinen anderen Richter

---

[19]) L. 27. § 2. D. ad Municip.

giebt es, der sich über Eingriffe in seinen Sprengel beschweren, oder wohin jener seinen Gegner verweisen könnte.

Zur Bestätigung dessen, was über die Veränderung des Domicilii gesagt ist, eine Stelle aus Lauterbach [20]).

Ut autem dicto modo domicilium solvatur et finiatur, requiritur, ut utrumque concurrat et voluntatis et habitationis mutatio! Sola voluntas domicilium mutandi et derelinquendi, licet verbis et literis fuerit declarata, non sufficit, sed insimul requiritur, ut quis actu et facto sedem transferat, a loco illo recedat et ibi habitare desinat. *L.* 20. *D. ad Municipal.* E contrario nec sola habitationis mutatio hic sufficit, sed necesse est, ut contraria quoque voluntas, prius sc. domicilium deferendi, adsit. Nam licet quis diu in alio loco v. g. ratione officii vel ex simile causa habitaverit, prius tamen domicilium non mutatum vel derelictum censetur nisi etiam voluntas illud deserendi adfuerit, et de illa vel ex contestatione aut ex sufficientibus conjecturis constet. Haec enim voluntatis mutatio per se non praesumitur, sed ab allegante probari et demonstrari debet. *arg. L.* 7. § *ult. D. de curat. furioso dando. Carpzov. lib.* 6. *resp.* 40. *n.* 17. Illud necessarium non est, ut in alio loco aliud domicilium constituatur, sed quamprimum quis decesserit a loco prioris domicilii animo et intentione illud deserendi, statim prius domicilium finitum et extinctum censetur, ita ut ipse interim sit sine domicilio, si sc. alibi aliud non habeat.

Nur noch ein paar Worte von Verbannten. Relegati behalten nach römischem Recht ihr domicilium bei,

---

[20]) Diss. de domiciliis § 65.

sie können es wenigstens beibehalten [21]). Dies darf uns nicht Wunder nehmen, da sie ja auch durch die Relegation das Bürgerrecht nicht verlieren [22]). Azo hielte dafür, mit jenem Satz beziehe es sich nur auf solche, die für eine Zeitlang verbannt sind, allein Struv [23]) läßt ihn auch von solchen gelten, die für immer verbannt sind; theils wegen des fortdauernden Bürgerrechts, theils weil ihnen die Hoffnung der Rückkehr bleibt. In der That muß, schon nach allgemeinen Regeln der Auslegung, ein allgemein lautender Satz auch allgemein verstanden werden.

Was indessen bei den Römern von den Verbannten galt, denen ein bestimmter Wohnort angewiesen war, woselbst sie einstweilen ein Domicilium necessarium hatten [24]), das läßt sich auf unsere Verbannten wohl nicht anwenden. Personen, die bei uns in perpetuum verbannt sind, verlieren, denke ich, zusammt dem Bürgerrecht auch ihr Domicilium. Sie können die Absicht nicht länger haben, an einem Ort wohnen zu wollen, von wo sie auf immer verwiesen sind, und wenn sie eine solche Absicht auch hegten, kann doch der bisherige Wohnort, weil ihnen die Rückkehr versagt ist, von ihnen nicht wieder betreten werden, wie bei denen der Fall ist, die sich bloß ad tempus freiwillig entfernt haben. Hingegen die nur ad tempus verwiesen sind, behalten das Bürgerrecht und auch das Domicilium bei; wenigstens verlieren sie es durch die bloße Verbannung nicht, wohl aber

---

[21]) *L.* 27. *§* 3. *D. ad Municip.* Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci, unde arcetur, ut *Marcellus* scripsit.

[22]) L. 7. § 3. D. de interd. et relegatis.

[23]) Synt. tit. de jud. § 31.

[24]) *L.* 22. *§* 3. *D. ad Municip.* Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet.

durch

durch den zu beweisenden veränderten Willen. Der Umstand, daß Jemand von einem gewissen Ort verbannt ist, ist dabei geeignet, Willensveränderung wahrscheinlich zu machen; für sich allein aber würde er zum Beweise der Absicht, den bisherigen Wohnort aufzugeben, nicht hinlänglich seyn. Es ist wahrscheinlich, daß Jemand an einen Ort nicht zurückkehren will, von wo man ihn weggewiesen hat; er müßte denn sehr unempfindlich seyn. Es läßt sich auch glauben daß ein Mensch, wenn ihm ein gewisser Ort mehrere Jahre lang versagt ist, sich dessen entwöhnt. Aber diese Umstände reichen doch in foro lange nicht hin, Aufgebung des bisherigen Wohnorts daraus herzuleiten.

2. Forum originis.

Ueber das forum originis zuerst die jetzt gewöhnliche Lehre, zweitens die abweichende, drittens einige Bemerkungen über unser heutiges forum originis, über dessen eigentliche Natur es meistens an einer ganz klaren Einsicht fehlt.

Also erstens die jetzt gewöhnliche Lehre. Darnach kann man das forum originis, wie es im römischen Recht vorkömmt, dasjenige nennen, was durch das Vaterland begründet wird. Die Römer kennen ein doppeltes forum originis. Es ist nämlich entweder das allgemeine oder das besondere. Jenes ist für alle freigeborene Römer die Stadt Rom, nach dem Ausspruch des Ulpian: Roma communis nostra patria est.[25]). Die Voraussetzung dabei ist, daß sie in Rom

[25]) L. 33. D. ad Municip. L. 28. § 4. D. ex quib. causis majores. L. 2. §. 3 sq. L. 24. D. de judiciis. L. 6. §. 11. D. de excus. tutor. L. fin. D. de interd. et releg. L. 9. pr. D. de vacat. munerum.

gerade anwesend sind [26]). Das forum originis speciale hat jeder dort, wo er geboren ist, oder vielmehr, wo sein Vater zur Zeit seiner Geburt civis oder municeps war, sollte er selbst auch zufällig anderswo geboren seyn, z. B. auf einer Reise [27]). Diesem foro folgt auch das Kind, nicht aber dem foro domicilii des Vaters [28]).

Das forum originis behält man nach römischem Recht stets bei (weil man den Ort, woher man stammt, nach Willkühr nicht verändern kann.) Wenn daher Jemand in der Folge ein eigenes Domicilium erwirbt, kann er an beiden Orten belangt werden, wo er wohnt und in seinem foro originis, und an beiden Orten ist er auch den bürgerlichen Lasten unterworfen [29]).

Was die abweichende Meinung, und zwar zuerst die des Cocceji, welcher das forum originis commune bekämpft [30]), betrifft, so sagt man: Rom war zwar communis *patria* omnium; allein deshalb war dort nicht für alle ein *forum* commune begründet; vielmehr konnte jeder Römer, wenn er in Rom nicht wohnte, im Fall er dort belangt ward, das jus revocandi domum geltend machen. Aus solchen Gründen sucht Cocceji das *forum originis*

---

[26]) L. 2. L. 4. D. de judiciis.

[27]) L. 1. §. 1. et 2. L 3 L. 6. pr. et §§. seq. L. 17. §. 11. D. ad Municip. L 3. C. de Municip. L. 7. C. de incolis.

[28]) *L. 6. §. 1 D ad Municip.* Filius civitatem, ex qua pater ejus naturalem originem ducit, non domicilium sequitur. *L. 17. § 11. D. eod.* Patris domicilium filium aliorum incolam civilibus muneribus alienae civitatis non adstringit: cum in patris quoque persona domicilii ratio temporaria sit.

[29]) L. 29. D. ad Municip. L. 1. L 6. C de municipibus et originariis.

[30]) S. Controv. jur. tom 1. tit. de jud. qu. 9.

commune umzustürzen; aber, wie mir es scheint, ohne sonderlichen Erfolg, er scheint die Beweisstellen nur flüchtig gelesen zu haben; besonders dürfte die gewöhnliche Lehre an L. 28. D. ex quibus causis majores eine starke Stütze finden.

Schwerer ist es, über das forum originis speciale die gewöhnliche Lehre gegen die Angriffe des Goddaeus [31]), Noodt [32]), Huber [33]) aufrecht zu erhalten, welche die Meinung hegen, daß jene Stellen, worin das forum originis (speciale) seinen Sitz haben soll, nur von einer fortdauernden Verbindlichkeit zur Tragung persönlicher Lasten, nicht aber von der Jurisdiction zu verstehen sind. Goddaeus beruft sich auf *L.* 190 *D. de V. S.*, woselbst Ulpian spricht:

Provinciales eos accipere debemus, qui in Provincia domicilium habent, non eos, qui ex Provincia oriundi sunt.

Diese Stelle beweist freilich gar nichts gegen die gewöhnliche Meinung, wie auch schon von anderen bemerkt ist [34]). Huber macht die Bemerkung: Nimis videtur enorme, locum originis, postquam domicilium alio translatum est, adhuc fori praebere causam. Aber eben dasselbe ließe sich auch gegen die fortdauernde Verbindlichkeit zur Tragung persönlicher Lasten einwenden, und dieser Grund beweist also zu viel. Auf der andern Seite scheint freilich diejenige Stelle, welche für die gewöhnliche Lehre als die

---

[31]) ad Leg. 190. D. de V. S.

[32]) ad tit. D. de judiciis verbis: Sortitur autem reus etc. tom. 2. p. 124.

[33]) Prael. ad h. t. §. 47.

[34]) Glück Erl. der P. 6. Thl. §. 511. Note 85. und 87.

Hauptstütze angeführt zu werden pflegt, auf den ersten Anblick auch nicht viel zu beweisen.

L. 29. *D. ad Municipalem.* Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est: nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet.

Hier wird zwar ausdrücklich gesagt, daß auch die Gerichtsbarkeit nicht bloß durch den Wohnort begründet wird, sondern auch durch den Umstand, daß Jemand an einem gewissen Ort civis ist; aber von einem foro originis ist doch nicht die Rede. Mallem dicere, bemerkt Huber, non opponi hic domicilium et originem, sed incolatum et civitatem; potest aliquis esse civis et alibi incola, ut domicilium utrobique habeat, quo nihil hodieque frequentius, uno loco praecipue: altero, electione loci sine lare fixo. Freilich ist es wahr, daß hier nicht Geburtsort und Wohnort, sondern Bürgerschaft und Wohnort entgegengesetzt werden, aber jene entsteht unter andern durch den Geburtsort oder die Abstammung [35]), so daß also, wenn civitas von Wohnort getrennt seyn und bei der Veränderung des Wohnorts fortdauern kann, der Geburtsort, als ein den Gerichtsstand begründender, nebst anderen Arten, welche Jemand zum civis machen, in der allgemeinen Lehre des Gajus enthalten seyn würde. Es scheint hiernach die gewöhnliche Lehre, die Höpfner [36]) für unerweislich erklärt, sich bis dahin noch als richtig zu bewähren, und dar-

[35]) *L.* 7. *C. de incolis*: Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio: incolas vero (sicut et Divus Hadrianus Edicto suo manifestissime declaravit) domicilium facit.

[36]) *Com.* über die Institutionen § 1238. Note 1.

nach würden hier zwei verschiedene Wirkungen aus derselben Ursache entstehen. Die Sache würde indessen für einen, der sie ergründen wollte, eine sorgfältige Untersuchung erfordern. Ich will sie andern überlassen, die dergleichen höher schätzen, und begnüge mich zu bemerken, daß sie wenigstens für die heutige Anwendung des römischen Rechts ohne Werth ist.

Denn mag es auch bei den Römern einen allgemeinen und besonderen Gerichtsstand des Geburtsorts gegeben haben, wir haben beide nicht mehr. Wie sich dies von dem allgemeinen schon von selbst versteht, gilt es auch von dem besonderen. Es giebt gegenwärtig ein forum originis *speciale*, was auch nach Errichtung eines eigenen Wohnorts nicht aufhörte, gar nicht mehr. Was wir forum originis nennen, ist überhaupt ganz etwas anderes, ist im Grunde nichts, als eine Art des *fori domicilii*, oder vielmehr eine Art von *forum*, was jemand *ex persona aliena* hat, mithin gar kein eigenes *forum*. Nämlich ein Hauskind kann zwar einen eigenen Wohnsitz haben und hat ihn nicht eben nothwendig dort, wo der Vater wohnt [37]; so lange aber das Kind minderjährig ist und sich folglich keinen eigenen Wohnort errichten kann, hat es dort seinen Wohnort, wo der Vater oder die Mutter mit dem Kinde sich aufhalten; und wenn der Vater oder die Mutter den Wohnort verändern und das Kind mit sich führen, hat es gleichfalls den Wohnort verändert. Die Anwendung hiervon beim Tode des Va-

---

[37]) *L.* 3. *ad Municip.* Placet etiam filiofamilias domicilium habere posse. *L.* 4. *cod.* Non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicunque ipse domicilium constituit.

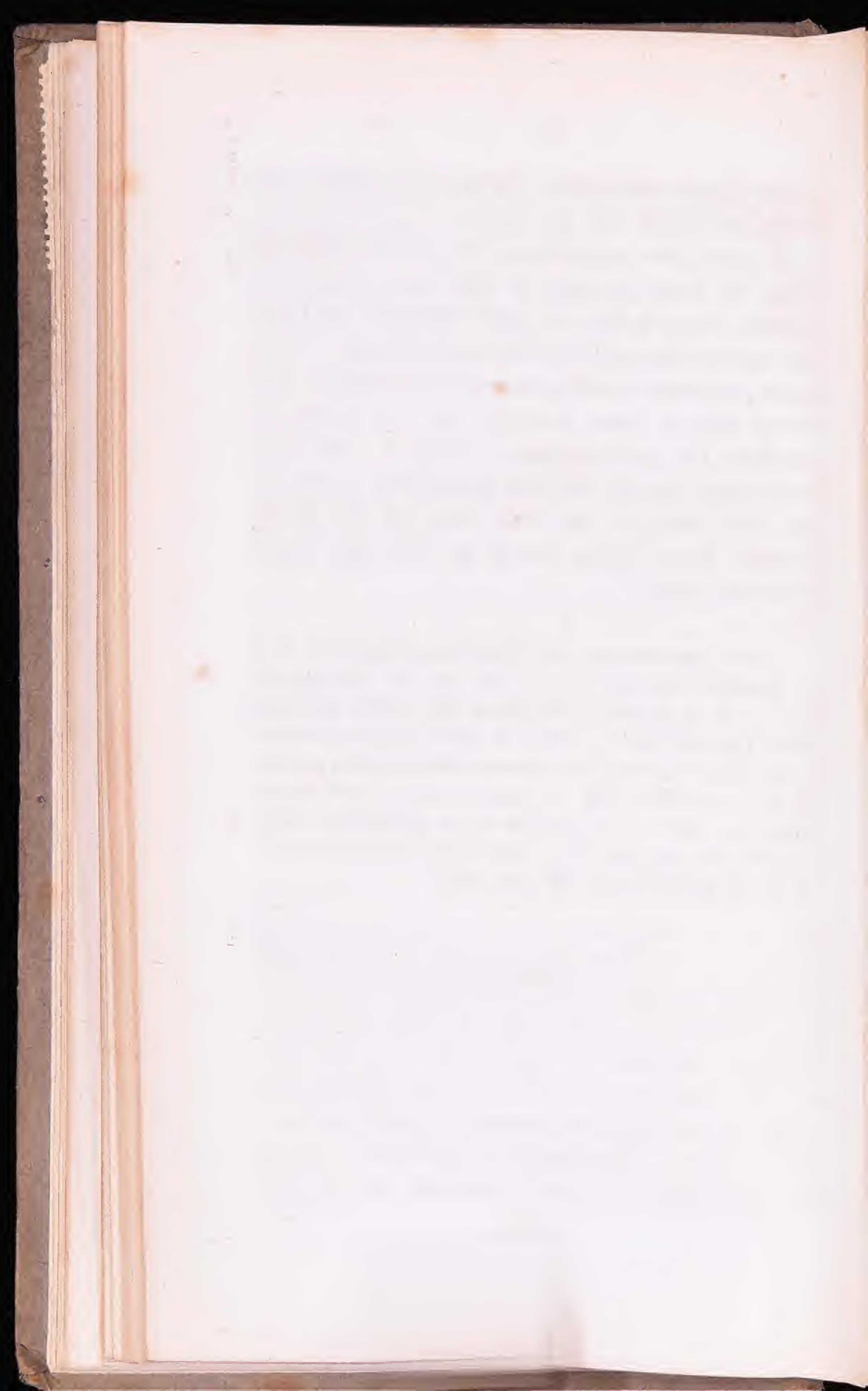
ters auf Vormundschaften, oder wenn die Eltern geschieden werden, und einer von ihnen ein oder das andere Kind zu sich nimmt u. s. w., ist leicht gemacht. Ein Kind nimmt überhaupt Theil an dem Gerichtsstande der Eltern und namentlich des Vaters. Sobald also ein Kind geboren ist, fällt es unter die Gewalt des Richters, dem der Vater, oder, wenn es ein uneheliches Kind oder die Mutter geschieden ist und an einem anderen Ort lebt, des Richters, dem die Mutter zur Zeit der Geburt unterworfen ist; und dieses erste forum des Kindes kann man das forum originis des Kindes nennen. Für die Fortdauer dieses Gerichtsstandes würde nun die erste Vermuthung streiten; ich weiß wohl, daß dies nicht ganz genau und richtig ausgedrückt ist: aber loquamur cum vulgo, et sentiamus cum eruditis; es würde nach der Regel: *in dubio mutatio non praesumitur*, jeder, welcher behauptete, das Kind habe in der Folge den Gerichtsstand verändert, den Beweis davon übernehmen müssen. Wüßte man aber, nach der Geburt des Kindes habe der Vater oder die Mutter und das Kind mit ihnen den Gerichtsstand verändert, so würde nun wieder dieser neue Gerichtsstand für den Gerichtsstand des Kindes anzunehmen seyn, bis bewiesen ist, daß es einen eigenen Wohnort, oder überhaupt einen eigenen Gerichtsstand erlangt habe. Denn ein forum originis in diesem Sinn ist keinesweges unabänderlich; vielmehr, sobald Jemand einen eigenen Wohnsitz errichtet hat, hört der Gerichtsstand des Geburtsorts auf, nicht als ob der Gerichtsstand des Wohnorts vorzüglicher wäre, sondern weil es ein neuer oder vielmehr der jetzige ist. Auf den zufälligen Geburtsort des Kindes kann es auch bei diesem — wenn ich es so nennen darf — deutschen foro originis nicht ankommen, da bei diesem Gerichtsstande nicht

auf seine Person gesehen wird, sondern auf die Person eines anderen, des Vaters oder der Mutter.

Die ganze Lehre vom heutigen foro originis beruht also darauf, daß Kinder, so lange sie noch keinen eigenen Gerichtsstand erlangt haben, an dem Gerichtsstande der Eltern Theil nehmen, und zweitens auf der Rechtsregel: Mutatio non praesumitur, vermöge deren die Gerichtsbarkeit eines Richters, wenn sie einmal begründet war, als fortdauernd anzunehmen, bis eine Veränderung erwiesen ist. Mit Recht werden daher, um auch dies noch hinzuzusetzen, gegen Personen, deren Aufenthalt man nicht kennt, bei dem Richter bekanntlich Klagen erhoben, dem sie zur Zeit ihrer Geburt unterworfen waren [38].

---

[38]) Vergl. über das forum originis überhaupt *Lauterbach* Coll. theoret. pract. tit. de judiciis §. 43. *Schilter* praxis jur. Rom. ex 13. §. 24. *Zanger* de except. P. 2. cap. 1. n. 9. sq *Struv.* ad P. tit. de judiciis no. 19. *Voet* ad eund. tit. §. 92. in fine et §. 100. *Carpzov* Dec. 1. *Merius* P. 5. dec. 163. Glück Erläuterung der P. Th 6. §. 511. S. 261. Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 37. S. 39. (Aus den wenigen Worten, womit der zuletzt erwähnte vom foro originis spricht, erhellet, daß dieser Schriftsteller richtige Vorstellungen über diesen Gerichtsstand hegt.)

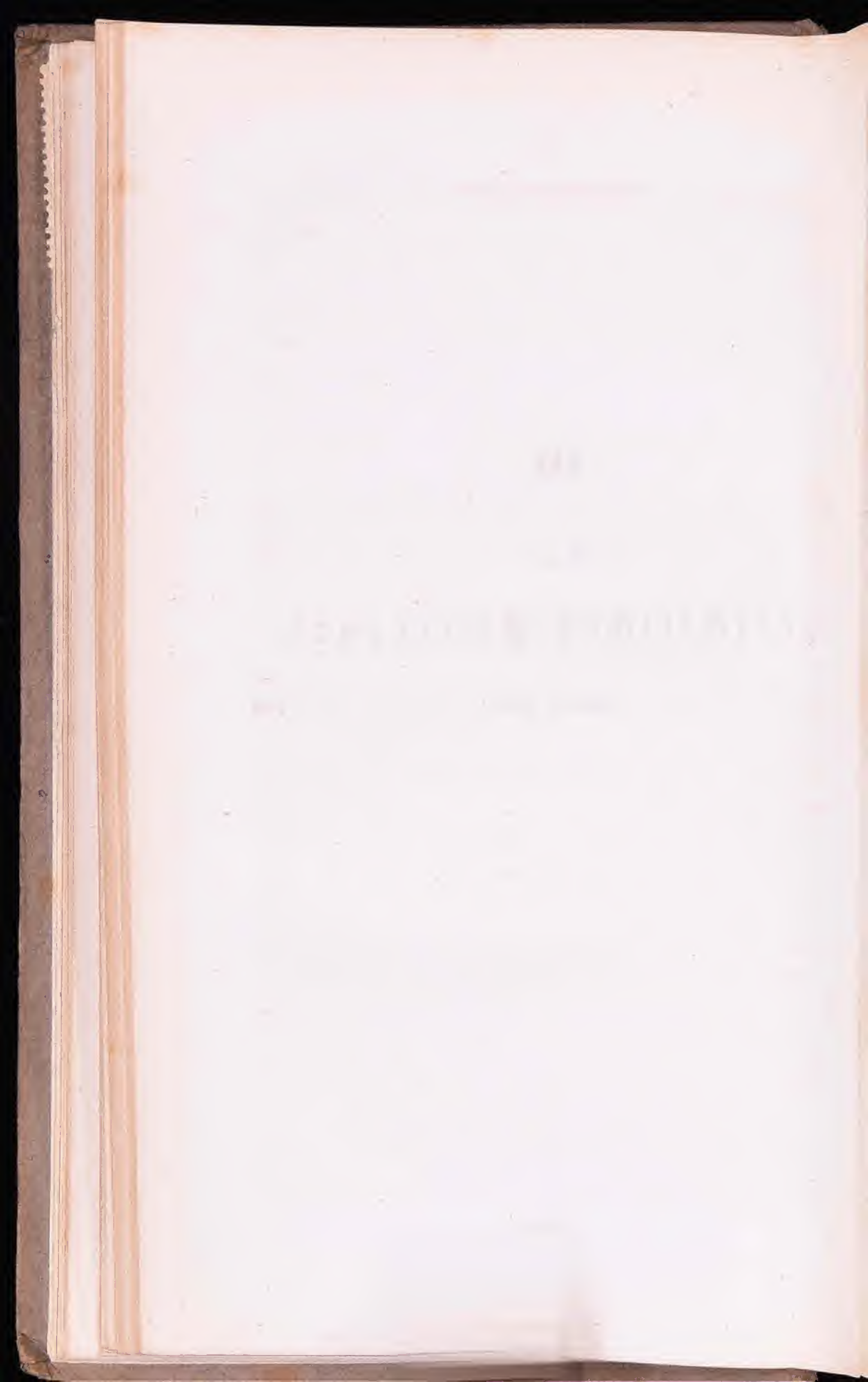


III.

Von

gerichtlichen Feiertagen.

(März 1829.)



§ 1.

Ferien sind Tage und Zeiten, die der Rechtspflege entzogen sind, da die Gerichte feiern, die Richter von der Arbeit müßig gehen. Die Römer unterschieden bekanntlich Tage, die für die Rechtspflege bestimmt — dies fastos — und andre, die davon ausgenommen sind — dies nefastos. Die ganze Unterscheidung scheint ursprünglich von Numa herzurühren, von dem Livius schreibt: Idem, sc. Numa, nefastos dies fastosque fecit [1]). Außer den diebus fastis und nefastis gab es auch solche, die nach Verschiedenheit der Tagszeit fasti und nefasti, also beides zugleich waren, Tage, welche gleichsam durchschnitten waren, *dies intercisi.* Das neue Römische Recht kennt nur ganze Tage, an denen die Gerichtshöfe für die Rechtspflege offen, und andere, ebenfalls ganze, da sie ihr verschlossen sind. Der Regel nach ist die Gerechtigkeit in einer immerwährenden Thätigkeit; ihre Tempel stehen einem jeden zu jeder Tagszeit offen; alle Tage sind Rechtstage. Die Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius fanden für nöthig, diese Wahrheit, die sich von selbst versteht, in der Gestalt eines Befehls einzuschärfen [2]). *Omnes dies,* schrei

---

[1]) *Liv.* I. 19. extr. | [2]) L. 7. C. de feriis.

ben sie, *omnes dies jubemus esse juridicos.* Sie zählen sodann die Tage auf, die Ferien bleiben sollen. Sie wollten also, wie es scheint, durch dies Gesetz die Ferien neu einrichten oder Mißbräuchen wehren, die sich durch zu häufiges Feiern in die Rechtspflege eingeschlichen hatten.

§. 2.

Wer kann Ferien anordnen?

Sollen gewisse Tage dies nefasti und von der Rechtspflege ausgenommen seyn, so muß ein Gesetz sie anordnen. Dem Gesetz gilt bekanntlich die Gewohnheit gleich, der unter den römischen Ferien wenigstens eine Art ihre Entstehung verdankt [3]). Untergeordnete Obrigkeiten können es nicht; ebensowenig kann der Richter Ferien machen [4]). Dies Recht steht nur der höchsten Gewalt im Staat zu. Es werden aber durch sie Ferien entweder für immer oder für diesmal angeordnet. Die Ferien sind daher entweder gewöhnliche, ordentliche, stehende (mit dem römischen Ausdruck solemnes, stantes) welche zu gewissen Zeiten im Jahr regelmäßig wiederkehren, oder, ungewöhnliche, außerordentliche (extraordinariae; mit dem römischen Ausdruck: *extra ordinem indictae, repentinae*) welche nur bei außerordentlichen Gelegenheiten, nur für eine gewisse Zeit angesagt oder angeordnet werden und mit ihr vorübergehen [5]).

---

[3]) L. 5. D de feriis.

[4]) L. 4. C. de feriis.

[5]) L. 4. C. de dilat. Dergleichen außerordentliche Ferien, die man nicht vorhersehen kann, können, wenn man, durch sie gehindert, sein Recht wahrzunehmen versäumt hat, Grund zur restitutio in integrum abgeben. *L. 26. §. 7. D. ex quibus causis majores.* Si feriae extra ordinem sint indictae, ob res puta prospere

§ 3.

Welche Tage sind nach den Gesetzen dies feriati?

Zu den diebus feriatis gehörte bei den Römern gleich der erste Tag im Jahr; — imgleichen der letzte. Am Neujahrstage feierten die Gerichte; man war an diesem Tage mit anderen Dingen beschäftigt, man wünschte einander Glück, beschenkte die Freunde, die Frauen; die Priester opferten; die Consuln traten ihr Amt an u. s. w. In Beziehung auf die Rechtspflege singt Ovid vom ersten Tage im Jahr:

Prospera lux oritur: linguis, animisque favete.
Nunc dicenda bono sunt bona verba die.
Lite vacent aures; insana protinus absint
Jurgia. Differ opus, livida lingua, tuum [6]).

Daß der letzte Tag im Jahr ein gerichtlicher Feiertag sey, daß an diesem Tage die Magistratspersonen unzugänglich sind, lehrt Ulpian;

L. 5. D. de feriis.

Pridie Calendas Januarias Magistratus neque jus dicere, sed nec sui potestatem facere consuerunt.

---

gestas, vel in honorem Principis, et propterea Magistratus jus non dixerit: Gajus Cassius nominatim edicebat restituturum se: quia per Praetorem videbatur factum: solennium enim feriarum rationem haberi non debere: quia prospicere eas potuerit, et debuerit actor, ne in eas incidat: quod verius est, et ita Celsus lib. 11 Digestorum scribit. Sed cum feriae tempus eximunt, restitutio duntaxat ipsorum dierum facienda est, non totius temporis: et ita Julianus lib. 4. Digestorum scribit: ait enim, rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies restituantur, quibus actor agere voluit, et interventu feriarum impeditus est.

[6]) *Ovid.* fast lib. I. 71.

Bestätigt wird es durch ein Gesetz der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius nämlich L. 7. C. de feriis. Diese Stelle beweist zugleich, daß auch der folgende, nämlich der erste Januar, ein gerichtlicher Feiertag sey. Beide Tage werden hier in folgenden Worten, wie es scheint, zusammengefaßt: Calendarum quoque Januariarum consuetos dies otio mancipamus.

Zwischen beiden, nämlich am 21. April, fiel ein dritter Festtag ein — der sich auch im neuesten Recht erhalten hat, wie wir in der Folge hören werden — nämlich der *dies natalis urbis Romae* [7]), dem in der Folge der *dies natalis urbis Constantinopolis*, als ein vierter, zu seiner Zeit zu feiernder, beigesellt ward [8]).

Besonders sind es die Zeiten der Erndte und der Weinlese, da nach Römischem Recht die Gerichte feiern. Zu den Zeiten der freien Republik gab es Feiertage dieser Art noch nicht. Erst durch ein Senatusconsultum unter Marcus Aurelius wird verordnet, in den Zeiten der Erndte und Weinlese soll Niemand seinen Gegner zwingen können, vor Gericht zu erscheinen [9]). Erscheint er

---

[7]) *Vellej. Patercul.* I. 8. *Ovid.* libr. fastor. IV. 806.

[8]) Der Tag, an welchem Constantin die Einweihung der neuen Residenz vornahm, sowie die dabei angestellten Feierlichkeiten sind aus Mangel an Nachrichten unbekannt. Manso, der das Leben Constantins geschrieben, hat nichts Bestimmtes herausgebracht. Die glaublichste Angabe bezeichnet nach Idatius und der alexandrinischen Chronik den 11. Mai 330 als den Tag, da die Einweihung erfolgt seyn soll. Dies wäre dann der dies natalis urbis Constantini. S. Manso Leben Constantins des Großen. Breslau. 1817. S. 77. 371.

[9]) L. 1. pr. D. de feriis. Julius Capitolinus erzählt in seiner Lebensbeschreibung (Cap. 10.)

indessen auf die ergangene Ladung und vertheidigt sich gegen die Klage (ohne die exceptio diei feriali vorzuschützen), so ist das Verfahren und das darauf ergangene Urtheil gültig [10]. Ueberhaupt ist die Rechtspflege während dieser Zeiten ausgesetzt und es findet kein gerichtlicher Streit Statt, es sey denn mit dem Willen der streitenden Theile [11]. Eine Ausnahme machen Sachen, die keinen Aufschub leiden [12]. Auch können solche Handlungen, wobei nicht gestritten wird (sondern die zur s. g. jurisdictio voluntaria gehören) in den Ferien vor Gericht vorgenommen werden [13]. Nur in Hinsicht auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten feiern in den angegebenen Zeiten die Gerichte. Der Anfang der Ferien für die Erndte und Weinlese ward bei den Römern, nach der Gewohnheit jeder Provinz, von dem Praeses provinciae jedesmal angekündigt. Dies scheint der Sinn der L. 4. D. de feriis zu seyn. Die Dauer scheint für jede von beiden ein Monat gewesen zu seyn. Denn sie werden in den Gesetzen mit dem Ausdruck *geminae menses feriatae* bezeichnet [14].

---

von ihm: Fastis dies judiciarios addidit, ita ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret.

[10]) L. 1. § 1. D. de feriis.

[11]) L. 6. D. eod.

[12]) L. 1. § 2. D. eod. L. 3. pr. D. eod.

[13]) L. 2. D. eod.

[14]) Zufolge einer, nach der Ueberschrift von Kaiser Theodosius herrührenden Verordnung bestimmte dieser Kaiser den Zeitraum vom 24. Junius bis zum 1. August für die Erndteferien und vom 22. August bis zum 15. October für die Weinleseferien — *a die octavo Calendarum Julii usque in Calendas Augusti messis feria concedatur; et a Calendis Augusti usque in decimum Calendarum Septembris agendarum causarum tribuatur licentia. A decimo autem Ca-*

Außer den Ferien der Erndte und Weinlese u. s. w. waren den Römern, als sie noch Heiden waren, alle den Göttern gewidmeten Tage, alle dies festi. zugleich feriati [15]. In den Pandecten und in der römisch Justinianischen Gesetzsammlung überhaupt kömmt nicht die Spur davon vor.

An deren Stelle kamen unter den christlichen Kaisern die Tage, welche die Christen, um den Eifer für die Religion zu erhalten und zu beleben, festlich begehen. Hieher gehört der Sonntag. Der erste, welcher die Feier des Sonntags einführte, war Constantin der Große. Dieser Tag sollte ganz der Religion gewidmet seyn; alle Gewerbe sollten, alle Richter feiern [16].

Be-

---

lendarum Septembris usque in Idus Octobris vindemialis feria concedatur. L. 2. C. de feriis. Es ist ungewiß, ob diese Constitution echt ist und, wenn sie echt ist, ob sie von Theodosius herrührt oder nicht von einem anderen römischen Kaiser, etwa von Constantin. Besonders wird an der Echtheit dieser Stelle der Constitution gezweifelt; sie soll ein Glossem seyn. Glück Erl. der *II.* Theil 3. § 262. Note 38. Ich zweifle selbst an der Echtheit, besonders dieser Stelle; und zwar aus folgenden Gründen. Eines Theils fällt es auf, daß Ferien, zumal diese, die so nahe auf einander folgen, von so langer Dauer seyn sollen, und daß die Ferien der Weinlese sogar länger sind, als die der Erndte. Besonders aber stimmt dies Gesetz in Hinsicht auf die Dauer der Ferien gar nicht mit dem sogleich zu erwähnenden spätern der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius. Denn in diesem wird nur von zweien Monaten gesprochen, die für beide Ferien zusammen bestimmt sind. L. 7. C. de feriis. Und in L. 5. C. eod. kömmt der Ausdruck vor, der im Text erwähnt ist. Es ist nämlich die Rede von *feriatis geminis mensibus.*

[15]) Meyer Lehrbuch der röm. Alterthümer S. 262.

[16]) L. 3. C. de feriis. L. 1. C. Theod. de feriis. Bestätigt

Besonders wollten Leo und Anthemius, daß der Sonntag in Ehren gehalten werde; kein Schuldner solle gemahnt, gegen keinen die Hülfe vollstreckt werden, keiner solle vor Gericht geführt werden; keine gerichtliche Untersuchung Statt finden; jeder solle vor seinem Gegner Frieden und Ruhe haben; Niemand sich unerlaubten Vergnügungen hingeben; kein Schauspiel Statt finden; kein Kampf mit den

---

wird dies durch dasjenige, was Eusebius im Leben des Kaisers berichtet. Im Cap. 18. heißt es in der lateinischen Uebersetzung: Statuit, ut cuncti Romano imperio parentes diebus de Servatoris nomine nuncupatis ab omni opere feriarentur, ut etiam dies qui sabbathum antecederent (Freitage) venerarentur, ob memoriam, ut mihi videtur, earum rerum, quae iis diebus a communi omnium nostrum Servatore gerebantur. — Cap. XIX. Cumque hunc salutarem diem, quem lucis vel solis diem appellamus, universum exercitum omni studio colere docuisset, his qui divino instructu fidem sequuti erant, otium fecit, ut libere possint ecclesiam Dei frequentare — sed aliis qui nondum divinam degustarunt doctrinam, alia quadam lege mandavit, ut dominicis diebus in patentes suburbiorum campos exirent, atque ut ibi eadem precationis forma, dato ab uno aliquo signo, omnes simul ad Deum uterentur — pp. — Nur Emancipatio und Manumissio sollten am Sonntage erlaubt seyn. L. 1. C. Theod. de feriis. Wäre das in der Note 13. erwähnte, mit keiner Unterschrift versehene Gesetz des Theodosius echt, so hätte auch dieser Kaiser verordnet, es solle erlaubt seyn, am Sonntage Kinder aus der väterlichen und Unfreie aus der herrschaftlichen Gewalt zu entlassen, alle übrigen Geschäfte und gerichtlichen Streitigkeiten sollten ruhen. Er hätte ferner verordnet, auch der heilige Pfingsttag — der Tag der Geburt des Herrn — der Tag der Menschwerdung und Erscheinung Christi auf Erden (Epiphania) sammt den sieben vorhergehenden und den sieben folgenden Tagen solle ohne Geräusch gefeiert werden. Und was dagegen geschehen, solle ungültig seyn. L. 2. C. de feriis.

Thieren. Wer auch nur bei einem Schauspiel zugegen gewesen, solle Amt und Vermögen verlieren [17]).

Das Hauptgesetz in dieser Materie, worin nicht nur die Feier des Sonntags, sondern auch aller übrigen Feste und Ferien angeordnet wird, rührt von den Kaisern Valentinian, Theodosius und Arcadius her. Alle Tage sollen Rechtstage seyn, mit Ausschluß der in diesem Gesetz benannten. Ferien sollen seyn

1. die Tage der Erndte und Weinlese. Nach den Pandecten erscheinen diese Ferien als ein auf den Landmann sich beschränkendes Beneficium. Nur der Landmann soll nicht genöthigt seyn, an diesen Tagen vor Gericht zu erscheinen: er soll nicht durch Rechtshändel von dem wichtigen und keinen Aufschub leidenden Geschäft der Einsammlung der Früchte abgezogen werden [18]). Hier aber kommen diese Ferien vor als solche, die allen zu gute kommen. Es sollen nämlich die beiden Monate von jener zu Anfange aufgestellten Regel ausgenommen m. a. W. Ferien seyn, die zur Ruhe von der Arbeit bestimmt sind; nämlich der Monat im Sommer, der großen Hitze wegen, und derjenige im Herbst, zum Behuf der Einsammlung der Früchte. Ferner sollen

2. die Tage beim Wechsel des Jahrs, an denen man bisher zu feiern gewohnt war, auch künftig Ferien bleiben (Calendarum quoque Januariarum consuetos dies otio mancipamus.). Diesen sollen beigefügt seyn

3. die Feste der Gründung von Rom und Konstantinopel: in quibus (sc. diebus) debent jura differri.

---

[17]) L. 11. C. eod.

[18]) *L. 1. pr. D. de feriis.* Ne quis messium vindemiarumque tempore adversarium cogat ad judicium venire: Oratione Divi Marci exprimitur: quia occupati circa rem rusticam, in forum compellendi non sunt.

quia et ab ipsis nata sunt. Die verschwisterten Städte Rom und Constantinopel feierten also die Tage ihrer Geburt und, wie es scheint, nahm das ganze Reich Theil an der Feier.

4. die Woche vor und nach Ostern.

5. die Tage der Geburt Christi — und das Fest der Menschwerdung und der Erscheinung Christi auf Erden (das Fest der heiligen drei Könige, Dies Natalis atque Epiphaniarum Christi [19]).

6. die Zeit, da das Andenken an das, zur Erbauung der ganzen Christenheit gegebene, Blutzeugniß (Martyrertod) der Apostel von allen mit Recht gefeiert wird (— et quo tempore commemoratio apostolicae passionis, totius Christianitatis magistrae, a cunctis jure celebratur) [20]).

7. die Sonntage, wie sie, nach einer jährlich neu aufzumachenden Rechnung, jedoch nach derselben Reihefolge wieder eintreffen (Dies solis, qui repetito in sese calculo revolvuntur). — An allen diesen Tagen „*nulla sit cognitio jurgiorum*".

Endlich 8. haben die Kaiser, wie billig, sich auch selbst nicht vergessen. An den Tagen, da sie geboren und zur Regierung gekommen, an diesen wichtigen und erfreulichen Tagen sollen auch die Gerichte feiern [21]).

---

[19]) Man unterschied auch Epiphania prima et secunda und dachte sich unter der ersteren das Weihnachtsfest — unter der andern das, was hier gemeint ist, das Fest der heiligen drei Könige oder Fest der Heidenbekehrung, auch *Θεοφάνια* genannt.

[20]) S. übrigens *Bingham* origines ecclesiasticae vol. 9. p. 141. 142.

[21]) *L. 7. C. de feriis.* Omnes

§ 4.

Fortsetzung.

Das Canonische Recht schärft zuvörderst die Feier des Sonntags ein; es will, daß der siebente Tag in der Woche

---

dies jubemus esse juridicos. Illos tantum manere feriarum dies fas erit, quos geminis mensibus ad requiem laboris indulgentior annus excepit: aestivos fervoribus mitigandis: et autumnos fructibus decerpendis: Calendarum quoque Januariarum consuetos dies otio mancipamus. His adjicimus Natalitios dies urbium maximarum Romae atque Constantinopolis: in quibus debent jura differri, quia et ab ipsis nata sunt. Sacros quoque Paschae dies, qui septeno numero vel praecedunt, vel sequuntur. Dies etiam Natalis atque Epiphaniarum Christi, et quo tempore commemoratio Apostolicae passionis, totius Christianitatis magistrae a cunctis jure celebratur: in quibus etiam praedictis sanctissimis diebus neque spectaculorum copiam reseramus. In eadem observatione numeramus et dies Solis (quos *Dominicos* rite dixere majores) qui repetito in sese calculo revolvuntur: in quibus parem necesse est habere reverentiam: ut nec apud ipsos arbitros, vel a judicibus flagitatos, vel sponte electos, ulla sit cognitio jurgiorum. Nostris etiam diebus, qui vel lucis auspicia, vel ortus imperii protulerunt. In quindecim autem Paschalibus diebus compulsio annonariae functionis et omnium publicorum privatorumque debitorum differatur exactio — Zur Vergleichung füge ich das Gesetz hinzu, wie es im Codex Theodosianus lautet. *L. 2. C. Theod. de feriis.* Omnes dies jubemus esse juridicos. Illos tantum manere feriarum dies fas erit, quos *geminis mensibus* ad requiem laboris indulgentior annus accepit, aestivis fervoribus mitigandis, et autumnis foetibus decerpendis. § 1. *Calendarum* quoque *Januariarum* consuetos dies otio sancimus. § 2. His adjicimus *natalitios* dies *urbium maximarum*, Romae atque Constantinopolis, quibus debent jura differri, quia et ab ipsis quoque nata sunt. § 3. Sanctos quoque *Paschae* dies, qui septeno vel praecedunt numero, vel sequuntur, in eadem observatione numeramus.

gefeiert werde; kein Handel soll getrieben werden; kein gerichtlicher Streit Statt finden; kein Urtheil gefällt werden; Niemand zum Tode oder zu einer andern Strafe verurtheilt werden; kein Eid soll geschworen werden [22]). Es will ferner, daß überhaupt an allen Festen, welche die Kirche feiert, die weltlichen Geschäfte ruhen und die Gerichte unthätig seyn sollen. Diese Feste, die zu Ehren der Gottheit, der Heiligen und Blutzeugen bestimmt sind, nennt es alle [23]). Ich führe sie nicht auf. Der Katholik wird sie wohl kennen; der Protestant nicht darnach fragen.

Außer dem, was das Römische und Canonische Recht über die Ferien enthalten, wird es nicht leicht einzelne Länder geben, in deren Gerichtsordnungen sie mit Stillschweigen übergangen wären. Diese Gerichtsordnungen bestimmen die Zeiten, da die Gerichte offen und da sie geschlossen sind, auch die Sachen, in denen man feiern soll, und diejenigen, die Ausnahmsweise betrieben werden sollen oder doch können. Der erste Tag im Jahr und der letzte werden darnach keine besondre Ferien seyn, sondern von andern verschlungen werden. Die Erndteferien kommen überall vor; Ferien der Weinlese fallen weg in Ländern, wo kein Wein wächst.

§ 5.

Unterscheidung zwischen *feriis divinis* und *humanis*.

Die Rechtsgelehrten unterscheiden bekanntlich zwei Ar-

---

§ 4. Necnon et dies *solis*, qui repetito in se calculo revolvuntur. § 5. Parem necesse est haberi reverentiam nostris etiam diebus, qui vel *lucis auspicia*, vel *ortus imperii* protulerunt.

[22]) cap. 1. X. de feriis.

[23]) cap. 5. X. de feriis.

ten von Ferien, nämlich göttliche (feriae divinae), die dem Cultus gewidmet, und menschliche (feriae humanae), die für menschliche Angelegenheiten bestimmt sind. Zu jenen gehören nun eben die Festtage, die Buß- und Bettage und alle Sonntage durch das ganze Jahr. Zu diesen sind besonders die Tage der Erndte und Weinlese zu rechnen. Will man es genau nehmen, so sind nur die Tage der Erndte und Weinlese, kurz die sogenannten feriae humanae die wahren Ferien; die übrigen sind bloß, wenn ich so sagen darf, Ferien per consequentiam. Die kirchlichen Feste und Feiertage machen auch die Gerichte feiern. Diese natürliche Ansicht erklärt auch, warum, wenn in den Gesetzen von diebus und mensibus *feriatis* die Rede ist, darunter, wie es scheint, nur feriae *humanae* zu verstehen sind [24].

Aber es entsteht die Frage, wo bleiben bei jener Entscheidung die Tage, welche den großen Festen vorhergehen oder auf sie folgen. Gehören sie mit zu den feriis divinis oder sind nur die Festtage selbst dazu zu rechnen? Man kann von ihnen nicht sagen, daß sie dem Cultus gewidmet sind, und für menschliche Angelegenheiten sind sie auch nicht bestimmt, sie scheinen also zu keiner von beiden Classen zu gehören. Und doch müssen sie zu einer von beiden gezählt werden, weil nur die feriae humanae und divinae, als die beiden einzigen, eine Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse begründenden, Arten von Ferien, einander entgegengesetzt werden.

Nach meinem Ermessen müssen sie den feriis divinis beigezählt werden. Denn:

[24]) L. pen. D. de feriis. L. 12. D. de publ. jud. L. 36. D. de rec. arbr. L. 2. in fine D. si quis in jus voc. L. 11. § 6. D. ad legem Jul. de adult. L. 4. C. quomodo et quando jud. L. 5. C. de feriis.

1. wenn sie auch nicht geradezu für den Cultus bestimmt und von den Festtagen verschieden sind, so hängen sie ihnen doch an, sie bereiten sie vor oder begleiten sie; sie können als zu ihnen gehörig betrachtet werden.

2. Das Canonische Recht unterscheidet zwei Arten von Ferien, nämlich a. diejenigen, welche in honorem dei et sanctorum bestimmt sind, und b. diejenigen, die zum Besten der Menschen eingeführt sind. Es zählt die einzelnen Tage auf, die zu jenen zu rechnen sind, und darunter werden die Tage, welche auf gewisse Feste folgen, namentlich auf Ostern — Tage, die dem Osterfest vorhergehen, kommen im Canonischen Recht nicht vor — mit aufgeführt; hingegen als menschliche Ferien werden bloß die Zeiten der Erndte und Weinlese gerechnet. Also unter den feriis divinis werden jene begleitenden Tage genannt und unter den humanis fehlen sie; was kann deutlicher, als dies, beweisen, daß sie nicht zu den humanis, daß sie zu den feriis divinis zu rechnen sind?

§ 6.

Wodurch sich beide hauptsächlich unterscheiden.

Die sogenannten göttlichen Feiertage unterscheiden sich hauptsächlich dadurch von den menschlichen. Jene beruhen, wie man zu sagen pflegt, *in jure prohibitivo*; es dürfen, selbst mit Einwilligung der Parteien, an diesen Tagen keine gerichtlichen Handlungen vorgenommen werden. Hingegen die menschlichen Feiertage enthalten eine Begünstigung derjenigen, welche außerdem gerichtliche Handlungen

vorzunehmen oder bei gerichtlichen Handlungen thätig zu seyn, genöthigt seyn würden. Das Gesetz beweist sich nachsichtig gegen sie; es gönnt ihnen während dieser Zeit Ruhe zur Erholung oder zur Verrichtung andrer Geschäfte. Daher findet auf göttliche Ferien keine Verzichtleistung Statt; den menschlichen kann man entsagen. Besonders deutlich spricht das Canonische Recht diesen Grundsatz aus im c. 5. X. de feriis. Denn, nachdem es alle die Tage aufgezählt hat, qui ob reverentiam Dei noscuntur esse statuti, nämlich die großen kirchlichen Festtage (sammt den sie begleitenden Tagen) und die Tage der Heiligen und Märtyrer u. s. w., nachdem es dann auch der Sonntage gedacht hat, fährt es fort: quibus utique solemnibus feriis — usque adeo convenit ab hujusmodi (sc. judiciali strepitu) abstinere, ut consentientibus etiam partibus, nec processus habitus teneat. nec sententia, quam contingit diebus hujusmodi promulgari, licet diebus feriatis, qui gratia vindemiarum vel messium ob necessitates hominum indulgentur, procedi valeat. si de partium processerit voluntate. Und die vorangeschickte Summa drückt dies kurz so aus: In feriis introductis in honorem Dei et sanctorum — judicium exerceri non potest, etiam de consensu partium: feriis tamen introductis favore hominum partes renunciare possunt. Eine solche Entsagung wird selten ausdrücklich, gewöhnlich dadurch geschehen, daß die streitenden Theile gewisse Handlungen vornehmen und namentlich der Beklagte am bestimmten Tage vor Gericht erscheint oder sich gegen seinen Gegner schriftlich vertheidigt, ohne die exceptio feriarum vorzuschützen. Die Entsagung kann jedoch nach der bekannten Rechtsregel: renunciatio non valet, quae tendit in praejudicium tertii

nur dem streitenden Theil selbst, nicht aber einem Dritten, z. B. dem Zeugen, nachtheilig seyn [25]).

§ 7.

Welche Geschäfte können in den Ferien betrieben werden, welche nicht?

An Tagen, welche zu den feriis divinis gehören, sollen, der Regel nach, die Geschäfte ruhen und die Richter unthätig seyn [26]), und für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ist die Rechtspflege in den menschlichen Ferien verschoben, es sey denn, daß diejenigen, denen die Ferien zu gute kommen — wohin denn auch der Richter selbst gehört, als welcher (in den nicht ausgenommenen Fällen, versteht sich) nicht nöthig hat, sein Amt zu verwalten zu einer Zeit, da das Gesetz selbst ihn gleichsam beurlaubt [27]) — von ihrem Recht keinen Gebrauch machen wollen [28]). Handlungen,

---

[25]) *Huber* ad Dig. h. t. § 2. *Lauterbach* de feriis § 32. Glück Erl. der P. Thl 3. § 262.

[26]) L. 3. C. de feriis.

[27]) L. 13. § 3. D. de receptis. *Lauterbach* de feriis § 31. Judex invitus hisce temporibus pro tribunali sedere et in causis non exceptis, etiam partibus petentibus, jus dicere non tenetur.

[28]) Selbst Schiedsrichter müssen an Tagen, die zu den feriis divinis gehören, sich aller richterlichen Thätigkeit enthalten. L. 7. C. de feriis. Hingegen an feriis humanis können sie ihr Geschäft betreiben. Es scheint indessen, daß es nicht wider Willen eines der streitenden Theile geschehen könne. Denn jene treten ja an die Stelle des Gerichts L. 1. D. de receptis und sind bei ihrem Verfahren an die Gerichtsordnungen gebunden. Ferner scheint es, daß sie den ordentlichen Richtern auch darin gleich sind, daß sie, der Regel nach, nicht nöthig haben, an solchen Tagen sich mit der Sache zu beschäftigen. L. 13. § 3. D. de receptis. Arbiter ex compromisso

welche gegen diese Grundsätze verstoßen, sind ungültig [29]).

Die Sonn- und Festtage bringen nicht bloß einen Stillstand hervor für den Rechtsstreit (oder für Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit), sondern ohne Zweifel auch für alle diejenigen gerichtlichen Geschäfte, die, ohne daß streitende Theile dabei einander gegenüberstehen, eine Untersuchung der Sache erfordern (für alle Handlungen der nicht ganz freiwilligen Gerichtsbarkeit). Denn die Kaiser Leo und Anthemius schreiben: *sit ille dies a cognitionibus alienus.* Hingegen pflegen von der Regel, daß an feriis divinis keine gerichtlichen Geschäfte vorzunehmen sind, ältere Rechtsgelehrte

1. die Handlungen der bloß freiwilligen

---

his diebus non cogitur sententiam dicere, quibus judex non cogetur: nisi dies compromissi exitura sit, nec proferri possit. Die Ausleger finden einen Widerspruch zwischen dieser Stelle und L. 36. D. de receptis. Si feriatis diebus, cogente Praetore, arbiter dicat sententiam, et petatur ex compromisso poena, exceptionem locum non habere constat: nisi alia lege eadem (dies) feriata, in qua sententia dicta, est excepta. Voet sucht beide zu vereinigen (ad Dig. tit. de feriis § 6.)

Beide Stellen sind von Ulpian, der sich selbst wohl nicht widersprechen wird. Mir wenigstens scheint zwischen beiden kein Widerspruch zu seyn. Die letztere Stelle kann von einer *de facto* geschehenen Röthigung verstanden werden oder man kann sie mit Voet von einem in den ausgenommenen Fällen Statt findenden Zwange verstehen. Die Schlußworte halten einige Rechtsgelehrte für ein Emblema Triboniani, der damit auf die Worte der L. 7. C. de feriis: ut nec apud ipsos arbitros etc. hindeute. *Wissenbach* Emblemata Trib. p. 24. Gar nicht ohne Schein; wenigstens fiel mir selbst, als ich die Stelle las, sogleich die Anspielung auf ferias divinas ein.

[29]) L. 2. C. de feriis. cap. 5. X. de feriis. L. 4. C. quomodo et quando judex.

Gerichtsbarkeit auszunehmen [30]). Allein, schon Andre haben dagegen bemerkt, daß die Gesetze nur gewisse Handlungen ausgenommen haben, nämlich die Entlassung aus der väterlichen und aus der herrschaftlichen Gewalt, ingleichen die Schließung eines Vergleichs [31]). Allein, auch diese Ausnahmen, besonders die letzte, scheinen verwerflich zu seyn. Die beiden Stellen, welche diese Ausnahmen begründen sollen, sind die L. L. 2. et 8. C. de feriis. Die erstere, deren Echtheit gar nicht ausgemacht, vielmehr sehr zweifelhaft ist, spricht nur vom Sonntage und erlaubt nur am Sonntage eine Entlassung aus der väterlichen und herrschaftlichen Gewalt vorzunehmen; die letztere spricht nur von den *diebus quindecim Paschalibus*, und erlaubt an diesen Tagen — der Woche vor und nach Ostern — dasselbe zu thun. Daß es auch an andern Festtagen erlaubt seyn solle, ist nirgends gesagt. Die dritte Ausnahme ist vollends gar nicht vorhanden. Denn, abgerechnet, daß die Stelle, die dafür angeführt zu werden pflegt — L. 11. C. de feriis — auch nur vom Sonntage spricht, so hat man die Worte derselben, die man im Sinne hat, mißverstanden. Der Kaiser will nur andeuten oder vielmehr rathen, man solle an diesem der Gottheit geweihten Tage nicht hadern, man solle sich lieber mit einander vertragen, sich versöhnen; alles solle Friede und Eintracht athmen. Damit ist nun eben nicht gesagt, daß diese Aussöhnung oder dieser Vergleich grade bei Gericht zu schließen sey, nicht einmal, daß er bei Gericht geschlossen werden könne. Auf allen Fall würden doch alle drei Aus-

---

[30]) *Lauterbach* de feriis § 21. *Hellfeld* jurisprud. for. § 264.

[31]) *Cocceji* jus civ. controv. lib. 2. tit. 9. § 6. Glück Erläut. der π. Theil 3. § 264.

nahmen, wären sie auch dem Römischen Recht gemäß, in Folge jener Hauptstelle des Canonischen, hinwegfallen müssen. Denn dieses will, daß an Sonn- und Festtagen keine gerichtlichen Geschäfte vorgenommen werden, *nisi necessitas urgeat vel pietas suadeat* [32]). Man müßte denn sagen, daß jene Ausnahmen eben zur pietas zu rechnen seyen. Ich zweifle daran. Denn, so wenig es im Allgemeinen unerlaubt oder unsittlich ist, um Gerechtsame zu streiten, eben so wenig kann es im Allgemeinen für eine fromme und rühmliche Handlung erklärt werden, sich zu vergleichen. Ueberhaupt kömmt es bei allen jenen Handlungen zu sehr auf die jedesmaligen Umstände und besonders auf die Meinung des Handelnden an, als daß man ihnen im Allgemeinen den Character der Sittlichkeit beilegen oder absprechen könnte.

Ferner

2. Einwendung von Rechtsmitteln. Die Einwendung von Rechtsmitteln geschieht gewöhnlich vor einem Notarius, und, gleichwie es Privatpersonen nicht grade verboten, sondern sogar, wie wir gehört haben, ausdrücklich erlaubt ist, an Sonntagen u. s. w. Verträge zu errichten, Vergleiche einzugehen [33]) und andre rechtliche Geschäfte vorzunehmen, ist es dem Notarius auch nicht verboten, an solchen Tagen sein Amt zu verwalten und jene Handlungen zum Andenken und Beweise niederzuschreiben. Nur bei Nachtzeit darf es ohne besondern Grund nicht geschehen, weil der Verdacht entsteht, daß Geschäfte, die man dem Licht entzieht, das Licht scheuen [34]).

---

[32]) cap. 1 et 5. X. de feriis.
[33]) L. 11. § 1. C. de feriis.
[34]) Not. Ordnung § 24

Nach Römischem und Canonischem Recht geschieht die Einwendung der Rechtsmittel, der Regel nach, vor Gericht, und zwar vor demselben Gericht, welches das Urtheil gesprochen hat [35]) — nach Particulargesetzen kann sie wenigstens vor Gericht geschehen. — Dann kann nun freilich die Frage entstehen, ob es erlaubt sey, an Sonn- und Festtagen ein Rechtsmittel bei Gericht einzuwenden? Die Antwort ist leicht. Der Regel nach kann es nicht geschehen, weil es eine gerichtliche Handlung ist; nur ausnahmsweise, nämlich nur in Nothfällen, ist es erlaubt — nämlich, wenn das decendium mit diesem Tage verstreichen würde, welches Letztere man dann auch zur Bedingung zu machen pflegt [36]). Es ist dies also keine besondre Ausnahme, sondern nur ein Beispiel einer andern. Eben so verhält es sich 3. mit der Errichtung eines gerichtlichen Testaments, die ebenfalls den Handlungen beigezählt zu werden pflegt, welche an Sonn- und Festtagen verrichtet werden können. Man kann sie nicht schlechthin von der Regel ausnehmen, es ist nicht Jedem ohne Unterschied erlaubt, an dergleichen Tagen nach Belieben sein Testament vor Gericht zu machen, sondern nur, wenn die allgemeinen Bedingungen vorhanden sind, die eine Ausnahme rechtfertigen, also in Nothfällen [37]). Es kann also z. B. ein Kranker sein Testament vor Gericht machen, von dem zu besorgen ist, er möchte den Tag nicht überleben. Eben so kann auch 4. an

---

[35]) L. 1. § 10. D. quando app. sit. L. 7. D. de appell. L. 2. C. de his, qui per metum judic. cap. 7. X. de appell.

[36]) Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß erster Theil § 143.

[37]) *Cocceji* jus civ. controv. h. t. qu. 6. Glück Erläuterung der Pandecten, Theil 3. § 264. Note 56.

dergleichen Tagen ein Verbrecher oder eines Verbrechens wegen Verdächtiger verhaftet werden, weil auch diese Handlung keinen Aufschub leidet u. s. w.

So wie nun an feriis divinis überall keine öffentliche und gerichtliche Geschäfte vorzunehmen sind, so ruhen in den feriis humanis bürgerliche Rechtsstreitigkeiten. Hingegen finden keine dergleichen Ferien Statt 1. in öffentlichen und fiscalischen Sachen [38]). 2. in Criminalsachen. Dann auch 3. in Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit [39]). Ferner 4. in Sachen, die keinen Aufschub leiden [40]). 5. Im summarischen Processe [41]).

§ 8.

Ob Jemand an Tagen, die zu den Ferien gehören, vor Gericht geladen werden könne?

Es sind noch zwei Fragen übrig, welche in dieser Sphäre von den Rechtsgelehrten verschieden beantwortet zu werden pflegen, nämlich, ob an Tagen, die zu den diebus feriatis gehören, Jemanden eine Ladung eingehändigt werden und ob Jemand auf einen solchen Tag, um an selbigem vor Gericht zu erscheinen, geladen werden könne, und, wenn er geladen ist, ob er nicht wenigstens am nächsten Gerichtstage vor Gericht zu erscheinen verbunden sey.

Einige nehmen an, die Einhändigung einer Ladung könne gar wol an gerichtlichen Feiertagen, selbst an feriis divinis, geschehen [42]). Andre unterscheiden zwischen feriis

[38]) L. 5. pr. C. de feriis.

[39]) L. 2. D. de feriis.

[40]) L. 1. § 2. L. 3. pr. D. de feriis.

[41]) clem. 2. de Verb. Sign.

[42]) Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß, erster Theil § 143.

divinis und feriis humanis. Eine Ladung, die am Sonntage bewerkstelligt wird, sey ganz ungültig und ohne Werth; der Geladene könne sie hintansetzen, ohne daß er als contumax behandelt werden könne; an diesem Tage solle ja die rauhe Stimme des öffentlichen Ausrufers schweigen — praeconis horrida vox silescat, ein Ausdruck der Kaiser Leo und Anthemius[43]), der den Auslegern gefallen zu haben scheint und den sie gern wiederholen — wenn auf diesem dürren Felde einmal ein Blümchen aufsproßt, wer wird es den Rechtsgelehrten verargen, wenn sie begierig darnach haschen? — es schade nicht, daß die Ladung nicht unmittelbar durch den Richter bewerkstelligt werde, der Diener handle auf seinen Befehl; wollte man das Gegentheil annehmen, so würden die Diener, an andern Tagen mit andern Sachen beschäftigt, grade die Sonntage dazu wählen, um Ladungen zu bestellen, und die Ruhe des Sonntages würde gestört werden. — Wie viel und welche Gründe, um einen Satz zu beweisen, der so klar ist! — Hingegen an Tagen, die zu den menschlichen Ferien gehören, könne es wol geschehen, daß eine Ladung bewerkstelligt werde; denn diese seyen nur dazu bestimmt, daß Niemand seinen mit dem Landbau beschäftigten Gegner zwingen könne, wider Willen vor Gericht zu erscheinen u. s. w.[44]). Andre lehren, ohne zwischen göttlichen und menschlichen Ferien zu unterscheiden, daß keine Ladung geschehen könne an Tagen, die zu den diebus feriatis gehören[45]).

Daß an Sonn- und Festtagen keine Ladung bewerkstelligt werden könne, das versteht sich; daran kann gar

[43]) L. 11. C. de feriis.

[44]) *Voet* ad Dig. tit. de feriis § 3. et 7.

[45]) *Cocceji* jus civile controv. lib. 2. tit. 4. qu. 7.

nicht gezweifelt werden. Es kann aber überhaupt an gerichtlichen Feiertagen Niemand geladen werden. Die Ladung ist eine gerichtliche Handlung, so gut, wie irgend eine andere, eine Handlung also, die der Richter an feriis divinis gar nicht, und an feriis humanis nur mit Einwilligung der Parteien vornehmen darf [46]). In jenem Fall übertritt der Richter das Gesetz, in diesem erlaubt er sich einen Eingriff in das Recht desjenigen, welcher vor Gericht erscheinen soll, es aber, dem Gesetz zufolge, nicht nöthig hat. Er kann daher die Ladung zurückweisen; er hat nicht nöthig, sie anzunehmen, und, wenn er sich auch nicht sogleich bei der Einhändigung oder Bestellung der Ladung darüber erklärt hat, so hat er nicht nöthig, ihr zu gehorchen. Zwar, wenn er will, kann er auf diese ungültige Ladung — und zwar auf die eine, wie auf die andere — vor Gericht erscheinen, wie er allenfalls auch ohne Ladung hätte erscheinen können — und dadurch die Mängel der Ladung heilen; aber an sich ist sie ungültig oder doch unverbindlich. Rathsam ist es indessen, hier, wie in anderen Fällen, die mangelhafte Ladung nicht gänzlich zu vernachlässigen, sondern das mangelhafte Verfahren durch eine Einrede zu rügen und sich durch die *exceptio feriarum* (oder vielmehr non rite factae citationis) dagegen zu vertheidigen, die zu denjenigen Einreden gehört, welche im ganzen Laufe des gerichtlichen Verfahrens möglich sind, nicht bloß zu Anfange des Processes, indem sie, wie die Rechtsgelehrten sich auszudrücken pflegen, ein *gravamen successivum* enthält [47]).

Die

---

[46]) cap. ult. X. de feriis.

[47]) *Lauterbach* de feriis § 29.

Die das Gegentheil behaupten, nämlich, daß die Ladung an Sonn- und Festtagen, (vollends also an *diebus feriatis*, die zu den menschlichen Ferien gehören) eingehändigt werden könne, denken sich ohne Zweifel unter der Bekanntmachung der Ladung etwas, was von der Ladung noch verschieden ist, und, wie sie wol zugeben werden, daß die Ladung selbst eine gerichtliche Handlung sey, halten sie die bloße Bekanntmachung derselben für eine außergerichtliche; und außergerichtliche Handlungen an solchen Tagen vorzunehmen, hat, denken sie, das Gesetz eben nicht verboten. Allein, die Bekanntmachung gehört zur Ladung, wie die Promulgation zum Gesetz, indem sie erst dadurch zur Wirklichkeit gelangt. —

Was von der Ladung gesagt ist, gilt dann auch, wie sich von selbst versteht, von ähnlichen richterlichen Verfügungen, die ihr gleich gelten. —

So wie nun eine Ladung nicht geschehen kann *die feriato*, so kann sie noch weniger geschehen *in diem feriatum*. Dies Letztere kann vollends gar keinen Zweifel leiden. Indessen, wenn nicht grade ein bestimmter Festtag in der Ladung ausgedrückt ist, sondern irgend ein Tag im Monat, der in die Ferien fällt, dann, nehmen die Rechtsgelehrten an, müsse der Geladene am nächsten Gerichtstage vor Gericht erscheinen. Sie pflegen deshalb einiger schwachen Gründe sich zu bedienen und nebenher auf den Gebrauch sich zu berufen [48]).

In der Theorie läßt sich dies schwerlich vertheidigen. Ich denke, man muß unterscheiden: 1. der bestimmte Tag

---

[48]) *Perez* ad tit. C. de feriis no. 9. *Lauterbach* de feriis § 29. *Voet* ad tit. D. de feriis § 4.

ist ein Sonn- oder Festtag. Dann kann der Geladene ohne alles Bedenken zu Hause bleiben, mag ausdrücklich ein Festtag in der Ladung angegeben seyn oder ein anderer, der ein Festtag ist, und der Richter wird froh seyn, wenn er still schweigt; 2. es ist ein gewöhnlicher oder gemeiner Tag. Auch in diesem Fall kann der Geladene, wenn er nicht erscheint, nicht als contumax behandelt werden, und das Verfahren, was gegen ihn in Folge seines Ausbleibens beobachtet wird, zerfällt als ungültig in sich selbst[49]). Indessen wird es wiederum der Vorsicht gemäß seyn, wenn er, unter Vorschützung der exceptio diei feriati, den Termin verbittet. Nöthig hat er, dem Gesetz zufolge, nicht, an diesem Tage zu erscheinen, auch nicht am nächsten Gerichtstage; er weiß ja nicht einmal, ob es dem Richter gelegen seyn wird, ob er nicht andre Termine angesetzt hat, ob er überhaupt Gericht hält, ob er nicht etwa verreist ist u. s. w.

§ 9.

Von Ferien einer besonderen Art.

Es giebt nach Römischem Recht Zeiten, die von der Art sind, daß darin der Regel nach Gericht gehalten wird, nur in einigen ausgenommenen Sachen nicht. Man kann also unterscheiden allgemeine und besondre Ferien. Nur die ersteren können eigentlich dies feriati genannt werden. Zu den besonderen Ferien können gerechnet werden die letzten

---

[49]) Deutlich erhellet dies aus *L.* 4. *C. quomodo et quando judex.* Si (ut proponis) pars diversa die feriato absente, vel ignorante te, a Judice dato, ferri sententiam pro partibus suis quasi contumaciter deesses, impetravit: non immerito Praeses denuo negotium alterius Judicis notioni terminandum commisit.

vierzig Tage vor Ostern (die quadraginta dies, qui auspicio ceremoniarum Paschale tempus anticipant, d. i. die Zeit der Fasten). Während dieser Zeit soll der Sünder bereuen; man soll ihn aber nicht strafen: es findet während dieser Zeit, nach einer von Valentinian Valens und Gratian herrührenden Verordnung, keine Criminaluntersuchung gegen ihn Statt [50]). — Civilsachen können während dieser Zeit betrieben werden; nur in der Woche, die dem Osterfest unmittelbar vorhergeht, so wie in der nächstfolgenden, sollen alle öffentliche und Privatgeschäfte ruhen [51]). Dergleichen Tage sind also nur in Hinsicht auf gewisse Sachen feriati. Man könnte selbst die Zeiten der Erndte und Weinlese, kurz die menschlichen Ferien, in diese Classe setzen, wenn sie nicht grade die eigentlichen Ferien und in Ansehung der bürgerlichen Rechtssachen, als der hauptsächlicheren, allgemein, ja sie als solche zu betrachten wären, in denen der Regel nach die Gerichte feiern, mit Ausnahme der Criminalsachen u. s. w.

§ 10.

Berechnung der Zeit bei den Ferien.

Die dies feriati der Erndte und Weinlese dauern, wie überhaupt die bürgerlichen Tage, 24 Stunden und erstrecken sich von Mitternacht bis Mitternacht [52]). Bei den feriis

---

[50]) L. 6. C. de feriis. Von dieser Ausnahme findet aber wieder eine Ausnahme Statt: nämlich quaestiones latronum können vorgenommen werden. L. 8. C. eod. Die Regel ist außer Gebrauch gekommen (*Lauterbach* de feriis. § 10.); folglich fällt auch die Ausnahme weg.

[51]) L. 8. C. de feriis. *Lauterbach* c. l. § 9. et 10.

[52]) L. 8. D. de feriis.

divinis muß sich die gerichtliche Feier billig ganz nach der geistlichen richten; denn die gerichtliche Feier ist ja eine bloße Folge der geistlichen; — wenn z. B. nur der halbe Tag Festtag ist, so ist auch nur der halbe Tag feriatus — eine Verschiedenheit in der Dauer läßt sich hier gar nicht rechtfertigen.

Nach Canonischem Recht soll der Sonntag *a vespera in vesperam* heilig gehalten werden, also etwa vom Sonnabend Abend bis zum Sonntag Abend. Die alte Kirche dachte sich unter der Vesper die erste Stunde nach Sonnenuntergang, da man die Lichter in den Kirchen anzuzünden pflegte. Was den Anfang und das Ende der Feste betrifft, kömmt es nach Canonischem Recht auf die Beschaffenheit derselben und die Gewohnheit eines jeden Orts an [53]. Unsre Rechtsgelehrten lehren von den feriis divinis, sie würden nach dem Gerichtsgebrauch vom Morgen bis zum Untergang der Sonne gerechnet [54]. Wollte man sich eine Abweichung vom Canonischen Recht erlauben, so konnte man doch die gerichtliche Feier nicht später anfangen lassen, als die geistliche; man konnte nur etwa die erstere länger dauern lassen. Die Nacht vom Sonntag bis auf den Montag ist ohnehin verloren, da bei Nacht doch keine gerichtlichen Geschäfte vorgenommen werden, es sey denn in Nothfällen, die ohnehin ausgenommen sind; diese also konnte man Preis geben und die gerichtliche Feier bis zum Montag Morgen verlängern, oder besser bis zur Stunde der Mitternacht zwischen Sonntag und Montag (um nicht in den folgenden Tag überzugreifen); hingegen konnte man

---

[53] cap. 1. et 2. X. de feriis.

[54] Glück Erläuterung der π. Theil 3. § 262.

dem Sonntage, dem man wol etwas geben konnte, nichts nehmen. Es ist ein offenbarer Eingriff in die Rechte des Sonntags und eine Verletzung der Heiligkeit desselben, wenn man die Zeit vom Sonnabend Abend bis zum Sonntag Morgen, die ihm ganz allein geweiht seyn soll, für weltliche Geschäfte offen läßt, wenn man insonderheit der Themis erlaubt, während dieser Zeit ihre Wage zu handhaben, eine Erlaubniß, wovon sie in diesem Fall ohnehin nicht einmal Gebrauch machen kann. Jener Gebrauch ist also ein Mißbrauch.

§ 11.

Ob die Fristen auch während der Ferien laufen.

Wenn einmal Ferien sind, so sollten sie den streitenden Theilen billig ganz zu gute kommen; es sollten die gerichtlichen Fristen, wenn sie in ihrem Lauf auf Ferien treffen, inne halten und stille stehn, bis sie vorübergegangen sind; erst nach Ablauf der Ferien setzten sie ihren Lauf fort und beide durch die Ferien getrennten Theile vereinigten sich wieder. Kurz, bei Berechnung der Fristen sollte man billig von den Ferien wegsehen, als machten sie keinen Theil der Zeit aus; man sollte sie in Gedanken übergehen, sie von den Fristen abrechnen. Aber anders verhält es sich nach den Gesetzen. Von der Appellation heißt es, daß ihre Fristen durch die Ferien in ihrem Lauf nicht gehemmt werden [55]). Und allgemein schreibt Kaiser Constantin, nachdem zuvor von Fristen die Rede gewesen, die auf Begehren

---

[55] L. 1. C. de feriis. L. 11 § 6. D. Ad legem Jul. de adult.

der Richter ertheilt hat — von welchem gesagt wird, daß die Thätigkeit des Richters so lange ruhen müsse, bis die bewilligten verstrichen sind —

Feriae autem, sive repentinae sive solemnes sint, dilationum temporibus non excipiantur, sed his connumerentur [56]).

Eine Ungehorsamsanklage findet indessen im Lauf der Ferien nicht Statt, weil sie eine zur Rechtspflege gehörige Handlung, ein actus jurisdictionis ist [57]).

Die Rechtsgelehrten hegen über die Frage, ob die gerichtlichen Fristen in die Ferien einzurechnen oder nicht, sehr verschiedene Ansichten. Von den gesetzlichen Fristen nimmt man wohl an, daß sie auch in den Ferien ihren Lauf haben; aber von den richterlichen nimmt man das Gegentheil an [58]). Mevius lehrt — indem er den Unterschied zwischen großen und kleinen Ferien, den einige machten, verwirft — die Sache sey dem arbitrio judicis überlassen; es komme darauf an, ob die Ferien von der Art gewesen, daß Jemand dadurch an der Besorgung der gerichtlichen Handlung gehindert worden — und darnach seyen die Ferien bald abzurechnen und bald nicht [59]). Dergleichen Unterscheidungen haben nicht den geringsten Werth, da das Gesetz ohne Unterschied verordnet, daß die dies feriati mitgezählt werden sollen. Dabei muß es nun auch das Bewenden haben — wenn nicht der Richter die Frist ausdrücklich, wie wohl zu geschehen pflegt, mit Ausschluß der Ferien

---

[56]) L. 3. C. de dilat.

[57]) *Mev.* P. 3. dec. 276. not. 1.

[58]) *Engelbrecht* obs. for. sel. obs. 15. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Proceß, erster Theil § 143 und 148.

[59]) *Mev.* P. 3. dec. 276.

bewilligt hat. Die Gesetze einzelner Länder haben oftmals das Gegentheil, nämlich daß die Ferien von den richterlichen Fristen abzurechnen sind, verordnet.

§ 12.

Nach welchen Gesetzen ist die Frage, ob ein Tag feriatus sey, zu entscheiden.

Bei der Frage, ob ein gewisser Tag zu den ferialis gehöre, kömmt es freilich hauptsächlich auf die Gesetze an, die bei dem Gericht gelten, wo die gerichtliche Handlung, von welcher die Rede ist, vorgenommen werden soll, auf die Gesetze also, auf welche der Richter angewiesen, nach denen sich zu richten er beauftragt ist. Indessen können doch auch bisweilen die Verhältnisse der streitenden Theile dabei in Betrachtung kommen, nämlich die Grundsätze der Religion, zu welcher sie sich bekennen [60]). An einem Tage, welcher nach seiner Religion ein Feiertag ist, an einem Tage, an welchem er sich weltlicher Geschäfte enthalten muß, kann Niemand ohne Gewissenszwang wider seinen Willen genöthigt werden, vor Gericht zu erscheinen und selbst, wenn er erscheinen wollte, scheint es nicht erlaubt zu seyn, ihn erscheinen zu lassen, weil die Handlung, indem sie gegen die Grundsätze seiner Religion verstößt, für ihn unerlaubt und unsittlich ist. So würde es z. B. nicht erlaubt seyn, einen Juden am Schabbes oder auf den Schabbes vor Gericht zu laden; ohne Nachtheil würde er ungehorsam seyn und ungültig die Handlung, wenn er erschienen wäre [61]).

[60]) Mit dieser Einschränkung stimme ich dem *Lauterbach* de feriis § 12. bei.

[61]) Es bemerkt auch Ludovici (doctrina Pandectarum lib. 2. tit. 12. § 6.) Hoc quoque adden-

§ 13.

Daß die Ferien abzuschaffen.

Wozu nützen denn aber die Ferien? Die Gerechtigkeit in ihrem ohnehin trägen Gange aufzuhalten. Sind sie gerecht? Nein, höchst ungerecht und daher abzuschaffen und zwar eher heute, als morgen. In der That handelt der Staat nicht gut, er handelt höchst unerlaubt, wenn er durch Einführung von Ferien die Rechshülfe verzögert, zumal auf eine so lange Zeit, wie in der Erndte und Weinlese. Die Uebung der Gerechtigkeit ist ja kein Geschenk, was der Staat dem Bürger macht; man hat sie von ihm zu fordern und dem Staat kann es nicht gebühren, die Erfüllung dieser Pflicht, gleich einem bösen Schuldner, zu verzögern, indem er die Rechtspflege zu gewissen Zeiten ausgesetzt seyn läßt. Abgesehen von den Tagen, die der Religion angehören, die der Ruhe und der Beschäftigung mit überirdischen Dingen gewidmet sind, darf die Gerechtigkeit niemals feiern; sie darf — wie überhaupt das ganze Staatsgetriebe — nicht einen Augenblick stille stehen; im ruhigen abgemessenen Gange muß sie durch alle Zeiten ungehemmt fortschreiten.

Aber, wird man einwenden, Ferien sind nöthig, wozu sie ursprünglich bestimmt waren, nämlich damit der Landmann die Früchte des Feldes in Ruhe einsammeln könne und in diesem wichtigen, keinen Aufschub leidenden Geschäft nicht gestört werde. — Nicht bloß der Landmann und Wein-

---

dum, in feriis divinis dijudicandis respici debere ab personam citati. Hinc evangelici catholicos in diebus illis, quos tanquam festa colunt, citare non possunt, nec christiani judaeos die Sabbathi.

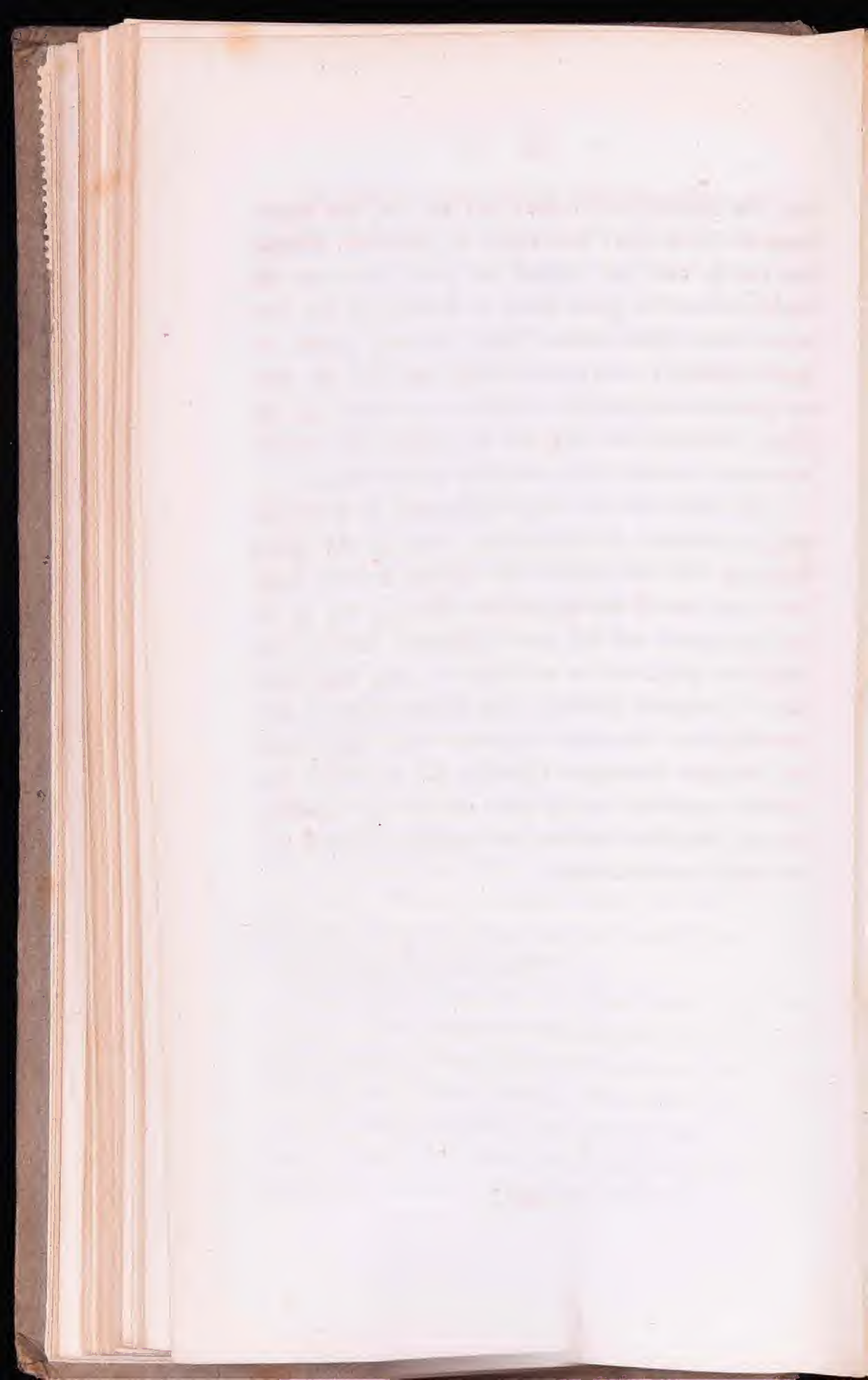
bauer sind zu gewissen Zeiten mehr, wie zu andern beschäftigt, sondern auch andre, deren Gewerbe dem Staat nicht minder wichtig ist, auch der Kaufmann, der Schiffer u. s. w. und deshalb werden doch um ihrentwillen keine Ferien gemacht. Alle Landleute führen auch keine Processe und die Erndte geräth dadurch nicht in Stillstand, daß der eine oder der andere Landmann vor Gericht zu erscheinen genöthigt wird. Höchstens könnte der einzelne Landmann, wenn er nothwendig in Person erscheinen müßte, daraus, daß die Zeit der Erndte gekommen ist, einen Grund hernehmen, um Aufschub zu bitten und nicht einmal unter allen Umständen. Denn es kommt noch immer darauf an, ob in diesem besondern Fall dieser einzelne Landmann der Erndte wegen nicht vom Hause abwesend seyn kann. Auf allen Fall müßten sich jene Ferien als ein besonderes Beneficium auf den Landmann beschränken, was euch, wie bemerkt ward, ursprünglich die Meinung des Römischen Rechts gewesen zu seyn scheint; jetzt aber nehmen alle übrigen Stände auf dieselbe Weise Theil daran, obgleich sie mit der Erndte nicht das Allergeringste zu thun haben und sich mit den Früchten nicht weiter beschäftigen, als daß sie nach vollbrachter Erndte sie zu Mehl mahlen, Brot daraus backen und, bei weitem dem größten Theil nach, daß sie selbige, unter verschiedenen Gestalten, in sich aufnehmen und verzehren. Ueberhaupt hat man sich von der ursprünglichen Idee im Verlauf der Zeit sehr weit entfernt. Ursprünglich sollte nur der Landmann nicht vor Gericht zu erscheinen nöthig haben; jetzt nehmen alle Stände Theil daran; die Gerichte sind geschlossen; die Processe stehen still und nur den gesetzlichen Fristen läßt man ihren Lauf.

Aber, wird man weiter einwenden, im Sommer, während der heißen Tage, bedürfen alle Menschen der Ruhe und besonders ist es den Richtern zu gönnen, daß sie sich zu gewissen Zeiten von der Arbeit erholen. Die Hitze ist bei uns so groß nicht, daß sie den Menschen zu aller Arbeit, zumal bloß zur Wahrnehmung oder Vertheidigung seiner Gerechtsame vor Gericht, unfähig machen sollte. Alle übrigen Stände sind das ganze Jahr hindurch und an den warmen und heißen Tagen zum Theil noch mehr, wie an andern beschäftigt, z. B. eben der Landmann, der den ganzen langen Sommertag im Felde arbeitet und von der Sonne im August beschienen, das Getraide umhaut; sie alle dürfen nicht feiern, warum denn soll es den Gerichten erlaubt seyn? Die sämmtlichen verwaltenden Behörden, die Regierungen, die Magistrate in den Städten u. s. w. bleiben das ganze Jahr hindurch in Thätigkeit, sollen nur die Gerichtshöfe eine Ausnahme machen, sollen sie vor allen begünstigt werden? Soll der Staat, während er sich mit minder wichtigen Dingen unausgesetzt beschäftigt, als mit den Einkünften und deren Verwendung, mit Gegenständen der Polizei u. s. w. grade seine wichtigste Pflicht zu gewissen Zeiten vernachlässigen dürfen? Nein, die Gerichte dürfen am allerwenigsten feiern und keine andre Ferien müssen bei den Gerichten seyn, als an Sonn- und Festtagen.

Ein anderes ist es mit den bei Gericht angestellten Beamten. Es ist nicht mehr als recht und billig, daß diese sich zu gewissen Zeiten erholen und zu ihrem beschwerlichen Geschäfte neue Kräfte sammeln. Man gebe ihnen also, wenn sie darum ansuchen, zu einer Zeit, die ihnen selbst am meisten gelegen ist, besonders im Sommer, auf einige Zeit Urlaub; und während dessen müssen andere für sie eintre-

ten. Die Ferien kommen ihnen jetzt nur auf eine unvollkommene Art zu gute; denn wegen der mancherlei Ausnahmen sind sie doch auch während der Ferien nicht von aller Arbeit frei und die Ferien haben in Hinsicht auf den Richter am Ende keinen andern Werth, als daß gewisse Geschäfte einstweilen verschoben bleiben und daß am Ende der Ferien die aufgehäuften Geschäfte auf einmal auf den Richter eindringen, die sonst, auf eine größere Zeit vertheilt, viel leichter von ihm hätten bestritten werden können.

Die Ferien sind also bloße Mißbräuche; an ihnen sieht man recht deutlich, wie Mißbräuche, wenn sie nur einmal vorhanden sind, sich erhalten und geschützt werden, besonders, wenn sie erst von hohem Alter sind, ja, wie sie mit der Zeit wachsen und sich weiter ausbreiten. Man lege sich einmal die Frage vor, ob wir wohl — außer den kirchlichen — gerichtliche Feiertage haben würden, wenn es nicht dem Marcus Aurelius eingefallen wäre, zum Besten des römischen Landmanns dergleichen für die Erndte und Weinlese anzuordnen und sie dann mit der Zeit vermehrt, mit dem Römischen Recht bei den deutschen Gerichten einmal üblich geworden wären.



IV.

Fortgesetzte Beiträge zur Lehre von den Einreden.

(Im März 1829.)



1. Welche Einreden können allein vorgetragen werden und ohne angehängte Einlassung auf die Klage, auch ohne bedingte?

Die vorläufigen Erinnerungen oder Ausstellungen gegen das eingeleitete gerichtliche Verfahren, dessen Ordnung und Regelmäßigkeit, die in unsern Gerichten und Lehrbüchern in so großer Menge vorkommen und den größten Theil der s. g. dilatorischen Einreden ausmachen — eine Benennung, die bloß den übrigen, darunter nebenher begriffenen, und unpassend mit ihnen gepaarten, zu denjenigen, welche die Sache selbst betreffen, als Unterart gehörigen, zukommen kann — diese kleineren oder größeren Hindernisse, die dem Kläger gleich zu Anfange seiner Rechtsverfolgung aufstoßen, die er entweder hinwegräumen oder von seinem Gegner — wohl gar ganz — ablassen muß — kannte in diesem Umfange der römische Proceß, besonders der ältere, schwerlich. Einfach, wie er war, mochten dergleichen Ausstellungen, die bei uns selten fehlen, nur selten vorkommen. Wenn sie ja vorkamen, beschränkten sie sich etwa darauf, daß nöthigen Falls untersucht ward, ob dieses Gericht das zuständige, dieser Gegner beauftragt sey [1]) und, wenn er keinen Auftrag

---

[1]) L. 13. C. de except. L. 24. C. de procurat.

beweisen konnte, mußte er durch Bürgen cautio de rato leisten [2]). Eine Einrede, die bei uns so häufig ist, die Einrede der noch nicht geleisteten Sicherheit der Kosten wegen, kam im römischen Proceß gar nicht vor [3]). Auch die exceptio termini nimis angusti konnte nicht vorkommen, da die Gesetze keine Zeit bestimmt hatten, welche dem Beklagten bis zu seinem Erscheinen vor Gericht, zur Vorbereitung auf seine Vertheidigung, frei bleiben mußte. Dasselbe gilt von der exceptio judicis suspecti, die gleichfalls zu den Vorbereitungen des Processes gerechnet werden kann. Die Magistratspersonen selbst konnten nicht verworfen werden [4]) und über den Richter (den judex datus oder vielmehr dandus) vereinigte man sich [5]). Mehrere andere Beispiele, die sich hier anführen ließen, übergehe ich.

So selten jene Ausstellungen im römischen Proceß seyn mochten, so häufig kommen sie bei uns vor. Ehemals trug man, wenn ihrer mehrere waren, sie sogar einzeln, zu verschiedenen Zeiten, nach einander vor; man pflegte auch keine Einlassung auf die Klage, nicht einmal eine bedingte, damit zu verbinden; denn die Gesetze verwehrten jenes und geboten dieses noch nicht. Ein Verfahren dieser Art ist selbst der Natur der Sache gemäß. Ein Beklagter, der die Verbindlichkeit zur Einlassung bestreitet — um von dieser zuerst zu reden — hat freilich nicht nöthig, in demselben Augen-

---

[2]) pr. et § 3. J. de satisdat.

[3]) Ueberhaupt leistete der Kläger keine Sicherheit, wohl aber der Beklagte. pr. et § 1. et 2. J. de satisdat.

[4]) *Schulting* de recusatione judicis suspecti cap. 6. § 5 sq.

[5]) Nach neuerem Römischen Recht hat ein streitender Theil allerdings die Macht, den judex delegatus (i. e. datus) als verdächtig zu verwerfen. L. 16. C. de judiciis.

Augenblick, da er sagt, er sey nicht schuldig, sich einzulassen, im Widerspruch mit sich selbst, sich wirklich einzulassen, sondern er kann das Urtheil des Richters erwarten. Eher könnte man sagen, er müsse seine s. g. verzögerlichen Einreden alle auf einmal vortragen. Indessen die Mängel, welche durch diese Einreden gerügt werden, sind meistens von der Art, daß durch den einen, wenn er anders wirklich vorhanden ist — wie der Beklagte behauptet und worüber der Richter den Ausspruch thun soll — die Rüge des anderen unnöthig wird. Der eine ist immer für den anderen praejudiciell. Aber, was der Natur der Sache nicht zuwider ist, bewährt sich in diesem Fall in der Anwendung nicht als nützlich. Bei der Menge von Ausstellungen, die sich gegen einen Klageantrag und das darauf eingeleitete gerichtliche Verfahren machen lassen, wie sehr ist ein solches Verfahren geeignet, den Rechtsstreit in die Länge zu ziehen, wie viel Zeit geht verloren oder kann verloren gehen, ehe man nur darüber zu Ende kommt, daß mit dem eigentlichen Rechtsstreit — der Anfang gemacht werden soll, wie leicht können hier die Rechtsformen gemißbraucht werden und wie sehr wurden sie es ehedessen ohne Zweifel? Nur, wer die Menschen nicht beobachtet hat, besonders, wenn sie gegen einander erzürnt sind oder um Recht und Unrecht streiten, nur wer, in gerichtlichen Dingen ein Fremdling, nicht erfahren hat, wie sehr besonders die Beklagten oder ihre Advocaten oft bemüht sind, durch alle möglichen Mittel ihren Gegnern das Recht zu erschweren, nur der könnte hieran zweifeln. Doch würden alle Zweifel vor dem Zeugniß des Canonischen Rechts verstummen müssen [6]). Man glaubt

[6]) Cap. 4. X. de except.

gewöhnlich, erst der jüngste Reichsabschied habe diesem Unwesen ein Ziel gesetzt [7]). Nein, diese Ehre gebührt dem Canonischen Recht; der jüngste Reichsabschied baute darauf nur weiter fort. Schon lange vor dem jüngsten Reichsabschied schrieb im Jahr 1206 Innocentius III. an einen Bischof in England, ein Beklagter solle angehalten werden, binnen einer gewissen, vom Richter zu bestimmenden Frist, alle seine dilatorischen Einreden vorzutragen und späterhin damit nicht weiter gehört werden, es sey denn, 1. daß sie erst später entstanden oder 2. erst später zur Wissenschaft des Beklagten gelangt seyen und er dies (Letztere) eidlich betheuern würde [8]).

In Hinsicht auf das erste Verfahren verordnete der Reichsabschied, der Beklagte solle im ersten Termin seine Vertheidigung gegen die Klage in ihrem ganzen Umfange führen. Er solle die Klage selbst beantworten und zwar kurz und kräftig, deutlich und vollständig, Satz für Satz; er solle zu gleicher Zeit alle seine Einreden, die s. g. verzögerlichen nicht nur, sondern auch die zerstörlichen, vortragen. Ueber die Wohlthätigkeit dieser gesetzlichen Bestimmungen ist nur Eine Stimme unter den Rechtsgelehrten. In wenig Worte sind hier die wichtigsten Verbesserungen zusammengedrängt. Indessen sind doch einige Lücken geblieben, die uns nöthigen, jenes Lob ein wenig herabzustimmen und der Gesetzgebung ein wenig nachzuhelfen, wie sich weiterhin zeigen wird. Besonders gehen zwei Regeln daraus hervor:

1. der Beklagte soll alle seine Einreden, namentlich die s. g. verzögerlichen, auf einmal vortragen [9]).

---

[7]) S. Gönner Handbuch des Processes, zweiter Band, Abhandlung 33. § 7. S. 186.

[8]) cap. 4. X. de except.

[9]) J. R. A. § 37.

2. Es ist ihm nicht erlaubt, wenn er s. g. verzögerliche Einreden vorgeschützt hat, den Erfolg derselben abzuwarten, sondern er soll, ungeachtet dessen, die Klage beantworten und beides, Einreden und, für allen Fall, Antwort auf die Klage, mit einander verbinden [10]).

Eine lange Erfahrung hat gelehrt, daß dies alles sich recht gut vereinigen lasse. Zwar hat diese Methode auch ihre Nachtheile; es kann geschehen, daß die Einlassung ganz vergeblich ist; aber Fälle der Art sind selten und die Vortheile überwiegend. Gewöhnlich sind die s. g. verzögerlichen Einreden nicht sehr erheblich oder gar verwerflich oder von der Art, daß ihnen im Lauf des Processes leicht abgeholfen werden kann. Es bleiben auch immer noch mehrere Einreden übrig, die von jenen Regeln Ausnahmen machen.

Von beiden Regeln nimmt das Gesetz selbst nur Eine Art von Einreden aus, nämlich alle diejenigen, die darauf gerichtet sind, daß die Sache nicht an dieses Gericht gehöre — die exceptiones fori declinatoriae.

Allein, es finden ohne Zweifel noch einige andere Ausnahmen Statt. Ich statuire überhaupt folgende:

1) die *exceptiones fori declinatoriae;*

2) die *exceptiones judicis suspecti vel inhabilis;* beide gehen als Gefährten und in Gesellschaft mit einander;

3) *exceptio termini nimis arcti* zusammt der ihr beizugesellenden *exceptio loci non satis tuti;* denn beide beziehen sich auf vorläufig festzustellende Nebenverhältnisse der Zeit und des Orts; auch diese gehen billig Hand in Hand mit einander;

4) die *exceptio spolii.*

---

[10]) J. R. A. § 40.

Alle diese Einreden kann man allein, ohne Verbindung mit anderen und mit der Einlassung, auch der bedingten, vorschützen; sie machen also von beiden Regeln zugleich Ausnahmen.

Von der ersten Art von Einreden verordnet dies, wie gesagt, das Gesetz. Die *exceptiones judicis suspecti vel inhabilis* sind von dem Gesetz ausdrücklich nicht mit ausgenommen; wenigstens gehören sie nicht zu den fori declinatoriis, wie ich schon früher gezeigt habe [11]); sie sind ihnen aber an die Seite zu setzen, und es kann nicht den geringsten Zweifel leiden, daß sie, gleich den exceptionibus fori, vor allen Einreden und ohne Begleitung anderer Einreden, besonders ohne Verbindung mit der Einlassung, vorgetragen werden dürfen.

Es entsteht hier die Frage, wenn der Beklagte neben ihnen eine exceptio fori vortragen will, in welcher Ordnung diese Einreden vorzutragen sind. J. H. Böhmer lehrt mit anderen, die exceptio fori gehe voran und erst, wenn diese erledigt worden, komme die Reihe an die exceptio judicis suspecti. — Von der exceptio judicis inhabilis sagt er gar nichts. — Jene sey wenigstens *primario*, diese *eventualiter* entgegenzusetzen. Denn die exceptio judicis suspecti setze Zuständigkeit des Gerichts voraus [12]). Nach meinem Ermessen, hängt es von dem Beklagten ab, wenn er beide vorzuschützen beabsichtigt, mit welcher von beiden er zuerst sein Heil versuchen will; er kann zuerst die exceptio fori vortragen und die exceptio judicis suspecti darauf folgen lassen, welche bis zur Litiscontestation immer

[11]) S. den ersten Theil, Abhandlung 4. § 8.

[12]) *I. H. Boehmer* jus eccles. Prot. lib. 2. tit. 25. § 6.

noch Statt findet [13]; er kann aber auch, wenn es ihm so gefällt, die umgekehrte Ordnung befolgen. Natürlicher ist es allerdings, wenn man zuerst die Frage aufwirft, welche Gerichtsbehörde ist in diesem Fall die zuständige? und sobald dies ausgemittelt ist, weiter fragt: was steht der Person desjenigen entgegen, der in dieser Behörde das Richteramt verwaltet? Kann er mein Richter seyn oder habe ich nöthig, ihn als Richter zu dulden? Aber, für den Beklagten vortheilhafter ist die entgegengesetzte Methode. Bekanntlich steht über die exceptio fori dem Richter selbst das Urtheil zu; er muß sich selbst für zuständig oder für unzuständig erklären; aber über die exceptio judicis suspecti darf der als verdächtig bezeichnete Richter selbst nicht urtheilen; er wird vielmehr durch jenen Einwand auf der Stelle wie gelähmt; er wird einstweilen gänzlich außer Thätigkeit gesetzt und muß sich bis zur ausgemachten Sache des Richteramts enthalten. Wenn nun der Beklagte dem Richter nicht traut, so ist es der Vorsicht gemäß, daß er diesen seinen Verdacht vor allen Dingen zur Sprache bringt; denn, ist der Richter verdächtig, so ist er es auch als Richter über die *exceptio fori*. Dies gewährt ihm den Vortheil, wenn anders sein Einwand gegründet erfunden wird, daß der verdächtige Richter auch über die *exceptio fori* nicht urtheilen darf und, im Fall beide Einreden zugleich vorgetragen sind, muß die Frage, ob der Richter als verdächtig zu entfernen sey, zuvörderst erörtert und entschieden werden, ehe denn über die andere Frage,

---

[13]) L. 12. L. 16. ult. C. de judiciis. L. un. C. ne liceat in una eademque causa tertio provocare. Nov. 53. c. 3.

ob die Sache an dieses Gericht gehöre, geurtheilt werden kann. Es muß die bestrittene Frage, **wer** über die exceptio fori zu urtheilen befugt sey, dem über sie selbst zu fällenden Urtheil vorangehen [14]). Indessen, wie gesagt, ist es bloß rathsam, daß der Beklagte die exceptio judicis suspecti vorangehen läßt; und auch nur im Allgemeinen. In einzelnen Fällen kann er eben so sicher dabei fahren, wenn er zuerst die exceptio fori vorschützt, etwa weil er ganz sicher ist, daß sie, sey es auch erst durch Berufung an den höheren Richter, von Erfolg seyn und also die exceptio judicis suspecti unnöthig machen wird.

Auch die *exceptio termini nimis arcti* und jene Einrede, die im Canonischen Recht vorkommt, nach den rohen Sitten des Mittelalters schmeckt, woraus sie herstammt, die zu einer Zeit von großer Wichtigkeit war, wo man nicht reisen konnte, ohne Gefahr zu laufen, unterweges oder am Ort des Gerichts überfallen, beraubt, ermordet zu werden, die aber jetzt so leicht nicht vorkommen wird, es müßte denn in Kriegszeiten seyn — die *exceptio loci non satis tuti* — können ohne Zweifel abgesondert von anderen Einreden und von der Einlassung vorgetragen werden. Die Feststellung der Zeit und des Orts, wann und wo Jemand seine Vertheidigung führen soll, müssen eben so gut, wie die Fragen, welches Gericht ist das zuständige und wer soll Richter seyn, allen Einreden und aller Antwort, kurz, jeder Vertheidigung, vorhergehen. Ehe ein Beklagter sich über-

---

[14]) Es bemerkt auch **Schulting** (de recusatione judicis suspecti cap. 12. § 5. in fine) Illud quoque recte traditur, judicem recusatum, si exceptio fori incompetentis allegetur, interea cognoscere de ea non posse, cum jam illius potestas sit in suspenso.

haupt vertheidigen kann, muß doch erst ausgemittelt werden — wenn es nämlich nöthig ist — zu welcher Zeit und an welchem Ort es geschehen soll [15]).

Die exceptio termini nimis arcti, imgleichen die exceptio loci non satis tuti folgen übrigens, der natürlichen Ordnung nach, so, wie sie hier aufgeführt sind. Zuerst muß die Hauptfrage erörtert werden, bei welchem Gericht Jemand sich vertheidigen und wer Richter seyn soll; dann folgen die Nebenfragen, wann und wo die Vertheidigung zu führen ist; die eine ist immer für die andere und beide sind für alle folgenden präjudiciell.

---

[15]) Von der exceptio termini nimis arcti bemerkt auch Gönner (Handbuch des Processes Bd. 2. Abhandlung 33. § 7.), man könne sie ohne angehängte Einlassung vortragen, vermöge einer Regel, wovon hernach noch die Rede seyn wird. Doch wir wollen ihn selbst reden lassen: Nur exceptionibus fori legte der jüngste Reichsabschied den Vorzug bei, daß sie außer Verbindung mit der übrigen Rechtsvertheidigung vorgeschützt werden können. Man würde aber den einsichtsvollen Reformatoren unsers deutschen Justizwesens sehr Unrecht thun, wenn man ihnen die Absicht aufbürdete, ohne Rücksicht auf den hohen Grundsatz der Zweckgemäßheit den Beklagten bei allen verzögerlichen Schutzreden zur eventuellen Litiscontestation zu verbinden. Die Nothwendigkeit der anzuhängenden bedingten Kriegsbefestigung fällt also nach den durch kein Gesetz abgeänderten, natürlichen Grundsätzen hinweg, wenn entweder die Einreden das Wesen des Processes, z. B. Legitimation zur Sache, Fähigkeit, vor Gericht zu handeln, betreffen, oder, wenn mit ihnen eine Einlassung im geraden Widerspruch stehen würde; z. B. die Einrede des zu engen Termins, eines unschicklichen Libells u. dergl. Soweit Gönner. Von allen Ausnahmen, die er zuläßt, kann ich nur das eine angeführte Beispiel — die exceptio termini nimis arcti — für gültig erkennen.

Sodann gedenken wir der *exceptio spolii,* welche auch die Rechtsgelehrten, so viel ich weiß, einstimmig ausnehmen. Man sagt von ihr, sie sey in der Art bevorrechtet, daß ein Beklagter, der sich ihrer bedient, durchaus nicht nöthig habe, sich auf die Klage einzulassen, auch nicht einmal bedingt. Es finde hier die Regel Anwendung: Lex posterior generalis — der jüngste Reichsabschied — non derogat priori speciali — dem cap. 2. X. de ordine cognitionum [16]). — Sie hätten nur noch hinzufügen sollen, daß diese Einrede, wie sie ohne angehängte Einlassung, also auch ohne Begleitung anderer Einreden, mithin ganz allein, vorgeschützt werden könne.

Daß ein Beklagter nicht nöthig habe, mit der exceptio spolii eine Einlassung auf die Klage, selbst auch nur eine bedingte, zu verbinden, glaube ich auch; ob aber grade der angeführte Grundsatz: lex posterior generalis non derogat priori speciali hier zur Anwendung kommen könne, daran zweifle ich. Wer des Besitzes einer Sache durch Eigenmacht beraubt ist, dem haben die Gesetze, neben der Ansprache auf Ersatz — der actio spolii — noch eine besondere Wohlthat beigelegt, die exceptio spolii; nämlich, er soll nicht gehalten seyn, seinem Widersacher auf irgend eine Weise zu antworten, bevor ihm nicht der Raub zurückgegeben ist. Sein Gegner soll einstweilen rechtlos gegen ihn seyn [17]). Dies beneficium macht er nun gegen den

---

[16]) *Berger* Electa discept. for. tit. 11. p. 359. nota 4. *I. H. Boehmer* jus eccles Prot. lib. 2. tit. 3. § 14 *Schaumburg* principia praxeos jur. jud. lib. 1. sect. 1. membr. 2. cap. 4. § 7. Auch Danz rechnet sie zu denjenigen Einreden, die von der bedingten Einlassung befreien. Danz Grundsätze des ord. Proc. § 170. Note *.

[17]) Ihr Dasein verdankt die exceptio spolii den Glossographen,

Kläger unter jenem Namen geltend und dieses beneficium hat das Reichsgesetz ihm wahrscheinlich nicht rauben wollen — es würde wohl ausdrücklich geschehen seyn, wenn dies die Meinung gewesen wäre. Vorausgesetzt, daß er wirklich durch den Kläger des Besitzes einer Sache beraubt ist, was er zu beweisen hat, muß ihm auch jetzt noch frei stehen, seinem Gegner alle Antwort, außer dieser, schuldig zu bleiben, bis er Ersatz erhalten hat. *Spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogitur ullatenus respondere* [18]).

Von jenen Regeln, mit denen und besonders deren Ausnahmen wir es hier zu thun haben, — eigentlich nur von der zweiten — läßt, außer der exceptio spolii, deren er in einer Note besonders gedenkt, Danz nur zwei Ausnahmen zu. Es sind folgende: 1. wenn die entgegengesetzten Einreden mit der Einlassung offenbar im Widerspruch liegen würden, z. B. wenn die Einlassung offenbar inept sey, denn alsdann müsse auch die Einlassung nothwendig inept werden. 2. Wenn die Einreden so geartet und so klar sind, daß die Einlassung sichtbar ganz vergeblich seyn würde [19]).

So, wie sie hier stehen, sind diese Ausnahmen alle beide verwerflich. Sie lassen sich nicht mit der Vorschrift des Reichsabschiedes vereinbaren, welcher will, daß der Be-

---

deren nicht hinlänglich begründete Meinung durch das Canonische Recht zu einer von den neueren Rechtsgelehrten einstimmig gemißbilligten gesetzlichen Wahrheit erhoben ward. *I. H. Boehmer* de depravato except. spolii statu, Halae 1744. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß, erster Theil § 220. Note 1. *Fleck* commentationes binae de interdictis, unde vi et remedio spolii p. 133.

[18]) cap. 2. X. de ordine cognit.

[19]) Danz Grundsätze des ord. Proc. § 170.

klagte, ungeachtet der von ihm vorgeschützten aufzüglichen Einreden, in der Hauptsache sich äußern soll und bloß die exceptio fori von dieser Regel ausnimmt. Beide von Danz — post alios — hinzugefügten Ausnahmen sind ganz dazu gemacht, die Regel umzustoßen und die wohlthätige Absicht des Reichsabschiedes zu hintertreiben.

Schon die erste Ausnahme, wie sie hier ausgedrückt ist, hebt die Regel völlig auf. Denn jede Einlassung steht mit einer vorangegangenen s. g. verzögerlichen Einrede in Widerspruch. Da indessen hier von einer, nach vorangeschickter gewöhnlichen Verwahrung, abgegebenen, kurz, von einer bedingten, die Rede ist, so kann ein allgemeiner Widerspruch dieser Art nicht, sondern nur eine, aus der besonderen Beschaffenheit grade dieser Einrede, im Verhältniß zur Einlassung, sich ergebende, eigenthümliche Unvereinbarlichkeit gemeint seyn. Die Einrede muß so geartet seyn, daß sie selbst mit einer bedingten Einlassung nicht vereinbarlich ist. Dies wird wol die Meinung unsers Danz gewesen seyn. Woher die Unvereinbarlichkeit entspringen soll, hat jener nicht näher angegeben. Mit einer bedingten Einlassung scheint aber jede Einrede vereinbarlich zu seyn. Das angeführte Beispiel so allgemein, wie es hier lautet, ist nicht geeignet, uns von der eigentlichen Meinung und der Wahrheit der Behauptung des Verfassers zu überzeugen. Die Mängel, die einen Klageantrag drücken und durch die exceptio inepti libelli gerügt werden, können sehr mannigfaltig seyn; nicht alle sind von der Art, daß nothwendig auch die Einlassung auf den also mangelhaften Klageantrag mangelhaft ausfallen müßte; und in denjenigen Fällen, da man dies zuzugeben genöthigt wäre, wird die Einlassung durch die Mängel wenigstens nicht vergeblich, und noch weniger

unmöglich, gemacht. Die Einlassung kann mit der Mangelhaftigkeit des Klageantrags wol bestehen und auf allen Fall kann sie es mit der Behauptung, über deren Grund der Richter erst den Ausspruch thun muß [20]).

---

[20]) Leyser, auf welchen der Verfasser sich bei dieser Gelegenheit beruft, ist seiner Meinung gar nicht günstig. Er lehrt vielmehr, unter Berufung auf L. un. C. ut quae desunt adv. partium. cap. 6. X. de judiciis. R. A. von 1551. § 31. 32. der Richter müsse einen mangelhaften Klageantrag, soviel möglich, aufrecht zu erhalten suchen und selbst, wenn der Mangel ganz offenbar sey, dürfe doch der Beklagte, unter Vorschützung der *exceptio inepti libelli*, die Einlassung auf die Klage nicht gänzlich von sich ablehnen. Ueberhaupt solle der Beklagte mit allen verzögerlichen Einreden eine bedingte Einlassung auf die Klage verbinden. Nur die exceptio fori mache eine Ausnahme von der Regel. Aliae ergo exceptiones dilatoriae, *quamquam certae et liquidae*, hoc tamen privilegium non habent. *Leyser* spec 512. med. 1. 2. 3. Hingegen finden sich beide Ausnahmen bei dem von Danz als Gewährsmann vorangestellten Schaumburg, doch nur als Eine. Schaumburg schreibt nämlich: Caeterum, quae de necessitate istius litiscontestationis eventualis diximus, procul dubio praesupponunt casum, eam cum exceptione simul stare et commode peragi posse. Sic v. g. exceptio inepti libelli, si vera adest ineptitudo, litiscontestationem impedit, cum alias et ipsa litiscontestatio non posset non evadere inepta. Secus se res habet, si exceptionem legitimationis vel eas, quibus ab actore aliquid praestari postulamus, respicias. *Schaumburg* princ. praxeos jur. jud. lib 1. sect. 1. membr. 2. cap. 4. § 6. not. 5. Man sieht an diesem Beispiel, wie man gegen Einschwärzung von Rechtssätzen auf seiner Hut seyn muß Aus einer bloßen Meinung eines Rechtsgelehrten hat Danz sogleich zwei ausgemachte Rechtssätze gemacht und dabei die Meinung seines Gewährsmannes nicht einmal treu wiedergegeben.

Eben so wenig, wie die erste, hält die zweite Ausnahme die Prüfung aus. Beiden, besonders der zweiten, steht schon das offenbar entgegen, daß die Partei dadurch zum Richter über die Einrede bestellt wird.

Der Rechtswissenschaft kann überhaupt mit so unbestimmten, schwankenden Ausnahmen, wodurch es in den Willen der Partei gestellt ist, die Einlassung unter diesem oder jenem Vorwande zu verweigern und wodurch der böslichen Verschleppung Thor und Thür geöffnet wird, nicht gedient seyn. Ueberhaupt muß es die unverbrüchliche Maxime der Rechtsgelehrten seyn, sich strenge an die Gesetze zu binden und alle Willkür zu meiden, selbst, wenn sie, wie hier gar nicht der Fall ist, nützlich wäre. Da das Gesetz nur die exceptiones fori ausnimmt, so dürfen die Ausleger, außer denjenigen, die den exceptionibus fori an die Seite zu setzen sind, und außer der exceptio spolii, die gar nicht als Ausnahme von der hier gegebenen Regel angesehen werden kann, auch nur diese eine Ausnahme zulassen; — und nur die reine Unmöglichkeit, sich auf die Klage, wie sie ist, einzulassen, kann noch eine Ausnahme rechtfertigen. Diese reine Unmöglichkeit ist vorhanden, nicht etwa, wenn das Klageschreiben im Allgemeinen mangelhaft, sondern, wenn es so dunkel und verworren ist, daß man sich da herauszufinden, nicht im Stande ist. Ein solches Klageschreiben hätte freilich der Richter gar nicht zur Beantwortung mittheilen, sondern die Klage, immaßen sie angebracht, verwerfen müssen.

Und auf diesen Fall sind nun grade die von Danz aufgestellten Ausnahmen, und zwar alle beide zugleich, anwendbar; — sie sind aber auch darauf zu beschränken. —

Diese Ausnahme ist übrigens von der Art, daß es

kaum nöthig seyn wird, ihrer in den Büchern zu gedenken. Denn, wenn so ein Fall in terminis vorkäme, so würde, wenn er echt wäre, sich die Ausnahme gleichsam von selbst machen.

II.

Von Einreden und zwar von s. g. dilatorischen Einreden, die noch nach der Antwort auf die Klage, und meistentheils noch nach dem ersten Termine, zulässig sind.

Die Rechtsgelehrten pflegen mehrere Arten oder gar Classen von Einreden aufzuführen, welche ausnahmsweise noch nach der Einlassung auf die Klage vorgeschützt werden dürfen; doch stimmen sie in Ansehung der Zahl nicht überein. Die älteren Rechtsgelehrten nehmen aus:

1. Einreden, die den Proceß ungültig machen,

2. solche, die erst nach der Einlassung auf die Klage entstanden, oder

3. erst nach der Einlassung auf die Klage zur Wissenschaft des Beklagten gelangt sind.

Ferner 4. Einreden, die gegen ein gravamen successivum gerichtet sind. Diesen fügen andere bei

5. diejenigen, welche merita causae betreffen. Danz erhöht die Zahl bis auf sieben. Es kommen nämlich zu den vorigen bei ihm noch hinzu:

6. wenn sie unter Anführung einer rechtmäßigen Ursache, vermittelst der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, vorgetragen werden.

7. Wenn der Beklagte eine exceptio fori vorgetragen hat und diese aberkannt worden ist [1]).

Wenn man diese Ausnahmen in der Nähe betrachtet, werden sie bis auf drei oder vier verschwinden; und auch diese werden bei Gericht nicht häufig vorkommen.

Zu den wirklichen Ausnahmen gehören 1) diejenigen, welche darauf gerichtet sind, daß das bisherige Verfahren ungültig sey, z. B. wenn Jemand im Namen eines Anderen, als dessen Bevollmächtigter, vor Gericht aufgetreten ist und es zeigt sich in der Folge, daß er gar keinen Auftrag gehabt habe. Dieser Umstand ist allerdings geeignet, das bisherige Verfahren zu vernichten und kann zu jeder Zeit, selbst noch nach dem Urtheil, als Einwand — *exceptio falsi procuratoris* — geltend gemacht werden, welches um so weniger bezweifelt werden kann, da ein solches Urtheil ungültig ist und der Richter sogar ex officio darauf würde Rücksicht nehmen müssen [2]). Als eine

---

[1]) *I. H. Boehmer* jus eccles. Prot. lib. 2. tit. 25. § 4. *Schaumburg* princ. praxeos jur. jud. lib. 1. sect. 1. membr. 2. cap. 4. § 6. nota 4. Danz Grundsätze des ord. Proc. § 168.

[2]) Die hieher gehörigen Gesetzstellen sind *L.* 24. *C. de procuratoribus:* Licet in principio quaestionis persona debeat inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat: *si* tamen falsus procurator inveniatur, nec dici *controversiae* solent, nec potest esse judicium. *cap* 4. *X. de proc.* — — falsi procuratoris exceptio non solum ante sententiam, verum etiam postea potest objici — utpote qua probata judicium nullum et nullius momenti controversiae reputantur.

Unterart der exceptio falsi procuratoris ist anzusehen die *exceptio revocati mandati.* Wenn Jemand auch ursprünglich einen Auftrag gehabt hat, der streitende Theil aber beweist, daß der Auftrag — von ihm oder dem Gegner — in der Folge widerrufen sey, so ist alles, was seitdem geschehen, ohne Auftrag, mithin ungültig, geschehen [3]). Auch diejenigen Einwendungen, welche darauf gerichtet sind, daß Jemand nicht berechtigt sey, ein gewisses Recht wahrzunehmen, weil es einem anderen zustehe — die *exceptio: Tua non interest* — oder, daß es darüber am Beweise fehle — die *exceptio deficientis legitimationis,* welche von den Rechtsgelehrten gewöhnlich unter den Beispielen dieser Classe, und zwar als ein vorzügliches, aufgeführt zu werden pflegt — zu denjenigen zu zählen, die noch nach der Einlassung auf die Klage Statt finden.

Eine zweite Classe von Ausnahmen bilden diejenigen, die erst nach der Einlassung entstanden sind. Diese Ausnahme hat die ausdrückliche Stimme des Canonischen Rechts für sich. Das Canonische Recht verordnet nämlich, wie ich bereits oben erwähnt habe, daß der Beklagte binnen einer, durch den Richter zu bestimmenden, Frist alle seine s. g. dilatorischen Einreden auf einmal vortragen soll [4]). Dasselbe verordnet der Reichsabschied, nur mit dem Unterschiede, daß, statt der durch den Richter zu bestimmenden Frist, das Gesetz selbst die Zeit, da jenes geschehen soll, bestimmt. Der Beklagte soll nämlich seine Einreden mit der Antwort auf die Klage verbinden und beides im ersten Termin oder zu der Zeit, da er das erste Mal zu Worte

---

3) cap. 3. X. eod.

4) cap 4. X. de except.

kommt, vortragen. Die Ausnahmen von dem älteren Gesetz sind auf das neuere zu übertragen.

Ein gewöhnlich angeführtes Beispiel von Einreden dieser Art ist die *exceptio judicis suspecti*. Der Beklagte, welcher, der Regel nach, den Richter, ehe er sich vor ihm auf die Klage einläßt, verbitten muß, darf es noch später thun, wenn der Grund des Verdachts erst später entstanden ist [5]). Es können aber Einreden dieser Art das bisherige Verfahren nicht rückwärts vernichten; sie können die Einlassung nicht ungeschehen machen, sondern sie können nur bewirken, daß dem gerügten Mangel für die Zukunft abzuhelfen ist, daß in Zukunft ein anderer Richter an die Stelle des verworfenen treten muß.

Ein anderes Beispiel, was die Rechtsgelehrten hier anzuführen pflegen, ist die exceptio nondum praestitae cautionis pro expensis. Der Beklagte, sagen sie, kann diese Sicherstellung von seinem Gegner noch nach der Einlassung verlangen, wenn der Grund derselben — die Unsicherheit — erst nach der Einlassung entstanden ist, wenn z. B. die Bürgen, wodurch der Kläger den Beklagten der Kosten wegen sicher gestellt hat, verarmt sind oder der Kläger die Grundstücke, die dem Beklagten Sicherheit gewährten, deren Besitz den Verdacht der Unsicherheit nicht aufkommen ließ, verkauft hat [6]).

Der Beklagte kann freilich — und zwar nach dem Gebrauch — denn kein geschriebenes Gesetz berechtigt ihn

dazu

---

[5]) cap. 25 X de officio et pot. jud. del.

[6]) *Carpzov* P. 1. C. 5. def. 11. *Schilter* prax jur. rom. ex. 7. § 11. *I. H. Boehmer* jus eccles. Prot. lib. 2. tit. 25. § 4.

dazu — von seinem Gegner Sicherheit wegen der Kosten fordern. Er kann dies vor der Einlassung; er kann sagen, stelle mich erst sicher; dann will ich auf einen Rechtsstreit mit Dir eingehen. Dieser Einwand befreit ihn also von der Einlassung; — doch, vermöge jener allgemeinen, durch das Reichsgesetz gegebenen Regel, nur von der unbedingten. — Die Rechtsgelehrten pflegen die Sache so darzustellen, als müsse, der Regel nach, die Sicherstellung vor der Einlassung gefordert werden; späterhin könne sie es nicht mehr, es sey denn ausnahmsweise, wie wir eben gehört haben; als Grund führen sie an, weil die exceptio nondum praestitae cautionis eine exceptio dilatoria sey [7]. Die Forderung der Sicherstellung kann freilich unter der Gestalt einer sogenannten exceptio dilatoria vor der Einlassung, als eine dieselbe ablehnende, angebracht werden; daß sie es müsse, dies anzunehmen, giebt es keinen triftigen Grund. Wenn der Beklagte überhaupt berechtigt ist, von seinem Gegner der Kosten wegen Sicherstellung zu begehren, warum sollte er nicht eben so gut nach der Antwort auf die Klage dies Verlangen äußern können, wie vorher? In der Antwort auf die Klage liegt keine Verzichtleistung auf die Forderung der Sicherstellung. Es kann dies nur freilich nicht mehr die Wirkung hervorbringen, die es früher unter der Gestalt einer s. g. exceptio dilatoria hätte hervorbringen können, nämlich, den Beklagten von der Einlassung zu befreien. Wird es nur sonst gegründet erkannt, kann es auch jetzt noch von Wirkung, wenn auch von geringerer, seyn; es kann noch immer die Folge haben, daß, wenn der Kläger, vom Richter dazu angewiesen, zögert, dem

[7]) *Mev.* P. 1. dec. 137.

Verlangen des Beklagten nachzukommen, der Proceß auf der Stelle, bis wohin er grade fortgerückt ist, einstweilen stille steht, bis der Kläger, durch diesen mittelbaren Zwang genöthigt, die verlangte Sicherheit geleistet hat.

Man sieht also, daß die exceptio nondum praestitae cautionis pro expensis zu den Ausnahmen der zweiten Classe nicht gerechnet werden kann, weil der Beklagte auch ohne besonderen Grund berechtigt ist, noch nach der Einlassung jene Sicherstellung zu begehren. Rathsam ist es freilich immer, vor der Einlassung jene Sicherstellung zu fordern — nicht nur, weil es die gewohnte Bahn ist, auf der man bekanntlich am Sichersten wandelt, sondern auch, weil der Beklagte, wenn Unsicherheit vorhanden ist, nicht früh genug Sicherstellung fordern kann.

Die dritte Klasse bilden diejenigen Einreden, die erst nach der Einlassung auf die Klage zur Wissenschaft des Beklagten gelangt sind und von denen er dies eidlich betheuert. Auch diese Ausnahme hat die Stimme des Canonischen Rechts für sich [8]. Auch das Reichsgesetz — der jüngste Reichsabschied. § 78 — spricht für diese Ausnahme, jedoch nur in Hinsicht auf den Mandatsproceß. Ueberhaupt bringt es schon die Natur der Sache mit sich, daß Einreden, die der Beklagte vor der Einlassung nicht vortragen konnte — sey es, das sie ihm nicht zustanden oder er nicht davon unterrichtet war — noch nach der Einlassung zugelassen werden müssen. Indessen scheint dieses, in Hinsicht auf die dritte Klasse, nur mit Hülfe des remedii restitutionis in integrum geschehen zu können und

---

[8]) cap. 4. X. de except.

daher würde diese dritte Ausnahme der sechsten, worüber weiter nichts zu bemerken ist, unterzuordnen seyn.

Uebrigens können alle Einreden, die auf Thatsachen beruhen, von der Art seyn, daß der Beklagte erst in der Folge davon unterrichtet ist. Machen sie das gerichtliche Verfahren ungültig, so gehören sie zu den Einreden der ersten Klasse und es bedarf des erwähnten Eides nicht. Sonstige Einreden dieser Art werden nicht leicht vorkommen, da die Fehler und Mängel, welche durch Einreden gerügt werden können, gewöhnlich sogleich vor Augen liegen. Ist aber die Rede von Einreden, die darauf gerichtet sind, daß der Beklagte Aufschub zur Befriedigung des Klägers erhalten habe, so läßt sich freilich denken, daß der Beklagte erst in der Folge erführe, daß sein Erblasser z. B. durch ein Pactum de non petendo intra certum tempus, Frist oder Nachsicht erlangt habe, allein Einreden dieser Art gehören zwar zu den echten dilatoriis im Sinne des Römischen Rechts, jedoch, da sie die Sache selbst betreffen, nicht hieher.

Die vierte Classe von Ausnahmen bilden solche, die gegen ein *gravamen successivum* gerichtet sind. Das ist ein wunderlicher Ausdruck! Er scheint aus der Lehre von der Berufung an einen höheren Richter sich in die Lehre von den Einreden eingeschlichen zu haben. Den Worten nach würde hier von einer Beschwerde die Rede seyn, die einem nicht auf einmal in ihrer ganzen Größe, sondern, in Theile zerlegt, nach und nach zugefügt wird. Es kommt indessen darauf an, was die Rechtsgelehrten darunter dachten. Darüber sind sie uns eine bestimmte Erklärung schuldig geblieben.

Die Alten lehrten hier bloß in Beispielen; wir haben nicht nöthig, sagten sie, binnen zehn Tagen Appellation ein-

zulegen, wenn das gravamen, was der Unterrichter uns zugefügt hat, successivum ist. Wenn z. B. der Unterrichter Jemanden ins Gefängniß gelegt hat, ist dieser nicht eben genöthigt, im ersten Augenblick oder binnen zehn Tagen nachher zu appelliren, sondern, so lange er im Gefängniß ist, kann er appelliren. Solange das gravamen dauert, dauert auch das Recht fort, darüber Beschwerde zu führen. Eine fortdauernde Beschwerde ist als eine solche anzusehen, welche jeden Augenblick erneuert wird, und giebt daher immer aufs Neue zu dem Recht Gelegenheit, sich an den höheren Richter um Hülfe zu wenden. Ebenso verhält es sich, wenn Jemand an einen unsicheren Ort geladen wird. Hat er über die erste Ladung an einen solchen Ort keine Beschwerde geführt, kann er noch von der zweiten, dritten, vierten u. s. w. an den Oberrichter sich wenden. Kurz, quoties quis citatur (ad locum non tutum), toties gravatur [9]). Das war es etwa, was die Alten unter ihrem *gravamen successivum* meinten.

In der Lehre von den Einreden begnügen sich die Rechtsgelehrten, zu sagen, daß solche Einreden noch nach der Einlassung vorgeschützt werden können, die gegen ein gravamen successivum gerichtet sind. Sie vollends bleiben eine Erklärung des Ausdrucks schuldig, als bedürfte es derselben nicht, und begnügen sich Beispiele anzuführen, nämlich des ungerechten Gefängnisses, des unsicheren Orts, der zu kurzen Zwischenzeit (termini nimis angusti), der Ferien. Wir finden also jene angeführten beiden Beispiele hier wieder und ein drittes und viertes ist hinzugekommen

---

[9]) S. Sigismundi Scacciae tr. de appellationibus qu. 12. nr. 143. sq. *Mev.* dec. P. 8. dec. 472.

men. An diese Beispiele wollen wir uns halten; aus diesen Beispielen wollen wir erkennen, was die Rechtsgelehrten unter ihrem *gravamen successivum* dunkel gedacht haben mögen. Wir wollen ihren Beispielen eine Regel unterlegen und es soll dabei eine unumstößliche Wahrheit seyn Also: gegen nachtheilige Maaßregeln, die erst nach der Einlassung auf die Klage, überhaupt nach der ersten Vertheidigung, gegen uns widerrechtlich ergriffen sind, können wir uns nach der Einlassung durch Einreden vertheidigen, sollten wir uns auch bei früheren ähnlichen, gegen uns ergriffenen, Maaßregeln durch Einreden nicht vertheidigt, sondern uns dabei beruhigt haben.

Das ist nun aber keine Ausnahme von jener Regel. Der Grund der Regel ist in dem angenommenen Fall die neue Rechtsverletzung, und es versteht sich von selbst, daß man nicht nöthig hat, bei der ersten Antwort auf die Klage schon alle Einreden vorzutragen, die im Lauf des Processes möglich sind, sondern nur diejenigen, welche gegen Maßregeln gerichtet sind, die zu der Zeit schon ergriffen sind, da man sich dagegen vertheidigen will. Es versteht sich von selbst, daß man sich im Lauf des Processes gegen neue Rechtsverletzungen auch aufs Neue vertheidigen dürfe, sobald es Zeit dazu ist Eine frühere Vertheidigung würde so wenig nöthig seyn, daß sie vielmehr fehlerhaft und voreilig wäre. Könnte hier dennoch von einer Ausnahme die Rede seyn, so würde diese Classe von Einreden bereits unter einer anderen enthalten seyn; unter welcher, soll der Leser errathen.

Ueber die noch übrigen Ausnahmen ist wenig oder nichts zu sagen. Einreden, welche die Sache selbst betreffen — statt deren Danz die vermischten nennt — sind gar unter der Regel nicht begriffen; sie gehören gar nicht zu den

jenigen Einreden, die vor der Einlassung vorzuschützen sind. Gehörten sie dazu, mit welchem Recht wollte man sie von der Regel ausnehmen; worauf gründet sich die Ausnahme, die man in Ansehung ihrer macht? Aber, wie man in dieser Materie auf unrechtem Wege war, sahe man sich genöthigt, willkührlich Ausnahmen zu ersinnen, um nur wieder auf den rechten Weg zu gelangen, indem man durch das Gefühl besser, wie durch die Lehrbücher, dahin zurückgeleitet ward. Diese Einreden müssen jedoch im ersten Termin oder zu der Zeit, da der Beklagte das erste Mal zu Wort kommt, mit den anderen zugleich vorgeschützt werden und der Einlassung unmittelbar folgen; dadurch unterscheiden sie sich von den übrigen ausgenommenen, als welche noch nach dem ersten Termin vorgeschützt werden dürfen.

Was endlich die von Danz zuletzt erwähnten Einreden betrifft, so gehören selbige gar nicht hieher. Wenn der Beklagte eine Einrede vorgeschützt hat, wodurch er den Gerichtsstand abgelehnt hat und selbige verworfen ist, so steht ihm nun noch frei der Gebrauch aller übrigen Einreden. Aber dies ist keine Ausnahme von jener Regel, daß gewisse Einreden noch nach der Einlassung zulässig sind. Der Voraussetzung zufolge hat der Beklagte sich noch gar nicht auf die Klage eingelassen.

III.

Zu welcher Classe von Einreden gehört die exceptio spolii?

Es giebt zwei Hauptclassen von Einreden, nämlich: 1. solche, welche sich auf das gerichtliche Verfah-

ren beziehen, und 2. solche, welche die Sache selbst betreffen. Die letzteren sind die eigentlichen, wahren Einreden; die ersteren sind vorläufige Erinnerungen oder Ausstellungen gegen das gerichtliche Verfahren und dessen Regelmäßigkeit — wie ich sie gleich zu Anfange bezeichnet habe. Indessen dienen diese letzteren am Ende freilich auch zur Vertheidigung vor Gericht und namentlich des Beklagten, wenn er zum ersten Mal gegen den Kläger auf dem Kampfplatz erscheint.

Die Rechtsgelehrten unterscheiden statt dessen peremtorische und dilatorische Einreden, was doch nur eine Unterabtheilung der zweiten Hauptclasse seyn kann. Denn die dilatorischen im Sinne des Römischen Rechts stehen den peremtorischen nicht gegenüber, sondern zur Seite; sie betreffen nämlich, wie sie, die Sache selbst. Aber die Rechtsgelehrten verstehen unter dilatorischen Einreden alle diejenigen, wobei es auf's Verschieben abgesehen ist; sie paaren unter diesem Namen unvereinbarliche Dinge, nämlich Einreden, die den modum procedendi betreffen und nebenher auch gewisse Einreden, welche die Sache selbst angehen, die nicht den Proceß, sondern die Leistung verschieben. Sie kennen auch vermischte Einreden d. h. solche, welche zunächst die Wirkung der s. g. dilatorischen hervorbringen, zufällig aber auch die Wirkung der peremtorischen haben können. Diese Zwittergattung, dies kleinere, von einem größeren erzeugte, monstrum, wird ganz entbehrlich und dagegen alles einfach und klar, wenn man zuvörderst Einreden, welche den Proceß und solche, welche die Sache selbst betreffen, unterscheidet und die letzteren wiederum in peremtorische und dilatorische (im echten römischen Sinne) zerfallen läßt. Die vermischten gehören dann zu der Classe derjenigen, welche die Sache selbst be-

treffen, und zwar zu den dilatorischen im römischen Sinne. Ich habe mich über alles dieses schon früher und ausführlicher erklärt — nämlich im zweiten Theil, welcher die Abhandlung enthält, wovon diese die Fortsetzung ist; es kann aber vor der Hand nicht oft genug wiederholt werden [1]).

Bei den meisten Einreden wird es keinen Augenblick ungewiß seyn, zu welcher der beiden Hauptclassen der Einreden sie zu zählen sind. Nur in Ansehung der exceptio spolii scheint mir dies jetzt zweifelhaft zu seyn.

Mit der exceptio spolii hat es eine ganz eigene Bewandniß. Man pflegt zwar die exceptio spolii zu den s. g verzögerlichen Einreden zu zählen [2]). Sie kommt freilich am Ende mit ihnen überein, indem nämlich die Ansprache, die der Kläger macht, dabei auf die Seite geschoben wird und der Beklagte, mit Hülfe ihrer, sich nur einstweilen von der Verbindlichkeit frei machen will, die Klage zu beantworten. Allein, davon abgesehen, ist zwischen beiden eine große Kluft befestigt. Durch die s. g. verzögerlichen Einreden werden Mängel im gerichtlichen Verfahren gerügt; sie stellen das Verfahren, wie es eingeleitet ist, den Gang, den man eingeschlagen hat, als fehlerhaft dar; oder es trete in irgend einem Stück ein Mangel ein; die Sache sey zum Proceß noch nicht gehörig vorbereitet; kurz sie betreffen den *modum procedendi in judicio*. Allein die

---

[1]) Bis sich ein besserer Sprachgebrauch bildet, ist es nicht immer zu vermeiden, die alten Ausdrücke zu gebrauchen.

[2]) *Schaumburg* princ. prax jur. jud. lib 1. sect. 1. membr. 2. cap. 4. § 7. Danz Grunds. des ord Proc § 166. *Fleck* comment binae de interdictis unde vi et remedio spolii p. 134.

exceptio spolii geht dahin nicht; sondern ein des Besitzes eigenmächtig Beraubter macht nur unter dieser Gestalt ein ihm verliehenes *beneficium juris* geltend.

Man möchte einwenden, derselbe Fall trete bei der exceptio nondum praestitae cautionis pro expensis ein. Auch hier verlange der Beklagte, daß der Kläger erst etwas leisten — ihn der Kosten wegen sicher stellen solle, bevor er sich mit ihm in einen Proceß einlassen könne. Allein, beide sind doch wieder verschieden, und zwar darin, daß die exceptio nondum praestitae cautionis — sich auf das bisherige Verfahren bezieht; von der exceptio spolii kann man dies nicht eigentlich sagen. Durch jene rügt der Beklagte einen Mangel in dem bisherigen gerichtlichen Verfahren, nämlich, daß der Kläger ihn noch nicht sicher gestellt habe, wie er doch von ihm zu fordern berechtigt sey. Der Proceß, sagt er damit, sey noch nicht gehörig vorbereitet. Denn die Sicherstellung wegen der Kosten des Processes kann zu den Vorbereitungen desselben gerechnet werden. Hingegen die exceptio spolii hat mit dem bisherigen gerichtlichen Verfahren nichts gemein. Sie neigt sich mehr zu der Classe der peremtorischen Einreden hin, wohin auch einige Proceßordnungen sie ohne Unterschied, andere mit einem gewissen Unterschied rechnen [3]) — oder vielmehr überhaupt zu denjenigen, welche die Sache selbst betreffen. Die Absicht des Beklagten ist nicht bloß, den Streit von sich abzulehnen, sondern im Grunde will er auch die Forderung, wenn eine

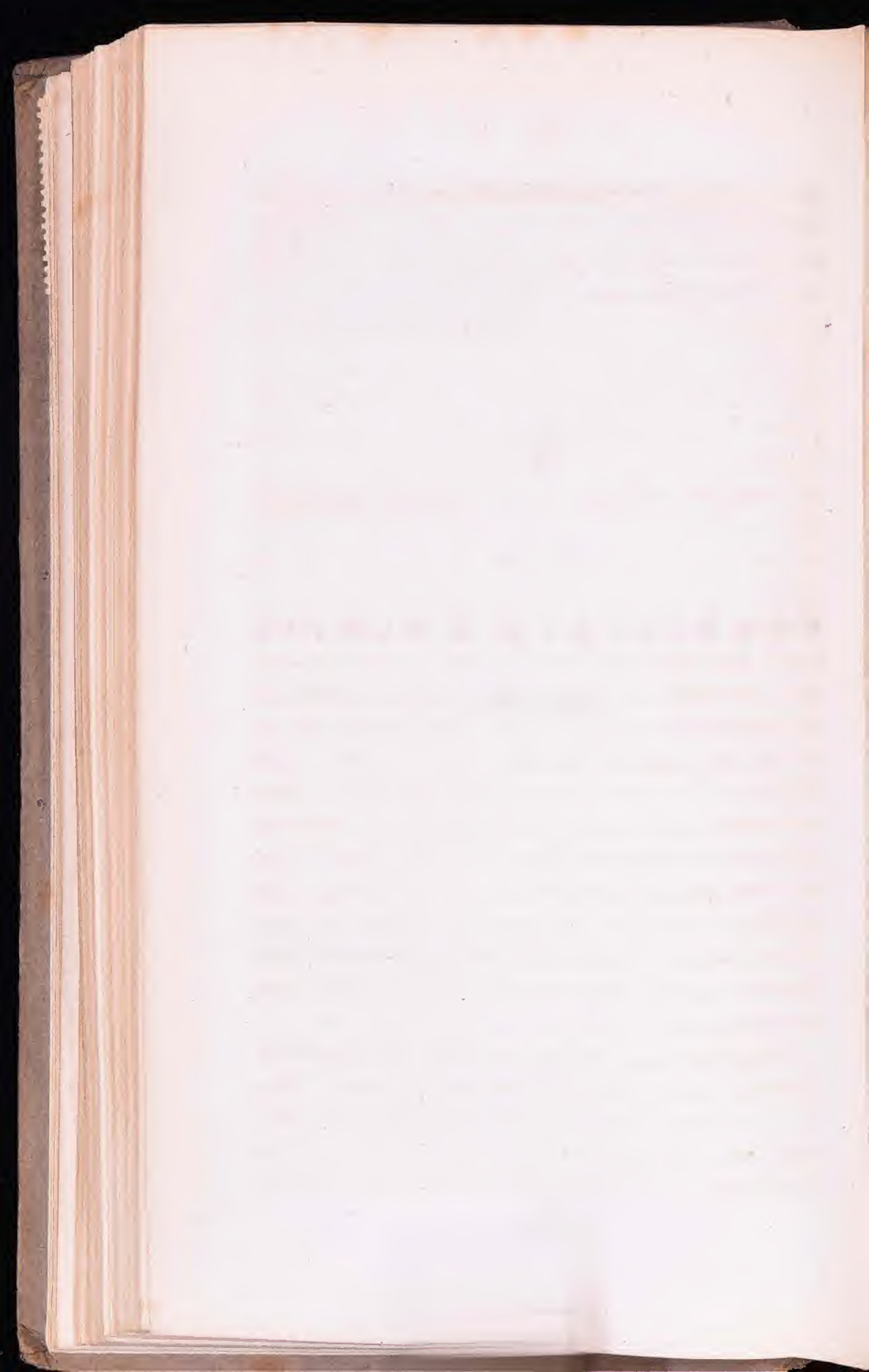
[3]) *Schaumburg* princ. prax. jur. jud. lib. 1. sect. 1. membr. 2. cap. 4. § 7. Nota a. ibique *Reichardt*.

vorhanden, nicht eher befriedigen, ja vor der Hand — und dies sagt er — nicht einmal Rede und Antwort darüber geben, bis er Ersatz erhalten hat. Den Streit lehnt er ab und eine Folge davon ist, daß er auch die Befriedigung des Klägers einstweilen ablehnt.

V.

Vom ungültigen Urtheil.

(April 1829.)



I.

In welchen Fällen ist ein Urtheil ungültig?

Ungültig ist alles, was, weil es dem Gesetz widerspricht, von dem Gesetz verworfen wird, was daher ohne Werth und Kraft, ja als gar nicht vorhanden anzusehen ist. Die Ungültigkeit ist eine natürliche Folge davon, daß ein gewisses Rechtsgeschäft mit dem stärkeren Gesetz in den Kampf tritt, der auf der Stelle zum Nachtheil des erstern enden muß. Dem Ungültigen ist dasjenige an die Seite zu setzen, was die Merkmale nicht an sich trägt, die zum Daseyn eines gewissen Geschäfts gehören. Das Gültige kann bisweilen in der Folge seine Gültigkeit verlieren; es kann aus rechtmäßigen Gründen wieder aufgehoben werden, aber das Ungültige gilt gleich Anfangs, gilt, so zu sagen, von Haus aus nicht.

Ungültig können rechtliche Geschäfte aus mancherlei Gründen, ungültig kann besonders aus mancherlei Gründen ein Urtheil seyn. Von dem ungültigen Urtheil, was, den Gesetzen zufolge, nicht besteht, ist zu unterscheiden das ungerechte, welches zwar gültig

ist, wodurch aber ein streitender Theil in seinen Gerechtsamen verletzt wird. Jenes gilt gleich Anfangs nicht; dieses kann durch Anwendung gesetzlicher Mittel wieder aufgehoben worden. Enthält ein Urtheil verschiedene Capita, so kann es beides zugleich seyn; in einigen Stücken ungültig, in anderen ungerecht.

Die Rechtsgelehrten sind gewohnt, die Ungültigkeit des Urtheils auf eine vierfache Quelle zurückzuführen. Nämlich Ungültigkeit kann herrühren 1. aus der Person des Richters 2. aus den Personen der streitenden Theile 3. aus Mängeln im gerichtlichen Verfahren 4. aus dem Urtheil selbst. Bei dieser Classification muß es schon aus mehr als einem Grunde das Bewenden haben; überall, wo von Ungültigkeit des Urtheils gehandelt wird, trifft man diese Quellen an, findet man die verschiedenen Fälle der Ungültigkeit unter diese Fächer vertheilt. Wir wollen sie einzeln durchgehen und nachdem die drei ersteren, welche geringere Schwierigkeiten darbieten, an die Seite gebracht sind, vor allen bei der vierten länger verweilen.

Also erstens entsteht Ungültigkeit des Urtheils aus einem Mangel in der Person dessen, der das Urtheil gesprochen hat. Ungültig ist überhaupt jede Handlung, die derjenige vornimmt, welcher vermöge der Gesetze nicht die Macht hat, sie vorzunehmen [1]). Ungültig ist also auch ein Urtheil, was ein Richter gesprochen hat, welcher nicht fähig ist, Richter zu seyn oder doch nicht in dieser Sache, z. B. weil sie seine eigene ist [2]) oder der, vermöge des ihm zustehenden beneficii, von einem streitenden

---

[1]) *Pütter* de nullitate theoria generalis § 13. (opusc. p. 296.)

[2]) L. un. C. ne quis in sua judicet.

Theil als verdächtig verworfen und dadurch für diesen Fall gleichsam seines Richteramts entsetzt ist [3]). Ungültig ist ein Urtheil, was ein Richter gesprochen hat, welcher nicht den Beruf hat, in dieser Sache Richter zu seyn, weil die Sache an dieses Gericht nicht gehört, der also, wie man sagt, nicht der zuständige Richter ist, es auch nicht durch Prorogation werden konnte, weil ihm der Zweig der Gerichtsbarkeit fehlte, worin die Sache einschlug, oder, der es doch nicht geworden ist.

Dies sind lauter Grundsätze, die keinen Zweifel leiden können, doch sagen die Gesetze an mehr als einer Stelle, daß ein Urtheil, was nicht von unserem Richter gesprochen ist, uns nicht verbinde [4]), daß einer, der auch sonst mit richterlicher Gewalt bekleidet ist, nicht die Macht habe, Sachen zu untersuchen und zu entscheiden, wofür er nicht bestellt ist [5]). Ebenso ungültig ist das Urtheil, wenn mehrere zu Richtern bestellt sind und einer das Urtheil allein gesprochen hat [6])

---

[3]) L. 16. C. de judiciis arg. c. 61. X. de appell.

[4]) L. 4. C. Si a non competente judice judicatum esse dicatur.

[5]) L 1. 2. 3. C. si a non competente judice judicatum esse dicatur. Ebenso darf auch ein Schiedsrichter nur Sachen entscheiden, deren Entscheidung ihm aufgetragen ist. Die Gränzen seiner Gewalt bestimmt das Compromissum Geht er darüber hinaus, so ist das Urtheil ungültig. *L.* 32. § 15. *D de receptis.* De officio arbitri tractantibus sciendum est, omnem tractatum ex (ipso) compromisso sumendum: nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi, ut efficere possit, cantum est: non ergo quodlibet statuere arbiter poterit, nec in re qualibet: nisi de qua re compromissum est, et quatenus conpromissum est. *Mev.* dec. P. 1. dec. 100.

[6]) *L.* 39. *D. de re judicata.* Duo ex tribus judicibus uno absente judicare non possunt: quippe omnes judicare jussi sunt. Sed si adsit, et contra sentiat: statur duorum sententiae: quid enim minus verum est, omnes judicasse. L. 4

oder, was im Grunde dem vorigen Falle gleich ist, wenn in einem Gerichtshofe nicht alle mitgestimmt haben, denen ein Stimmenrecht zusteht, oder nicht alle in der gesetzlichen Ordnung. Weder das Eine, noch das Andere kann gleichgültig seyn. Denn, wenn einer mehr gestimmt hätte oder die gesetzliche Ordnung befolgt wäre, würde das Urtheil vielleicht anders gelautet haben. Aber, auch davon abgesehen, können nur diejenigen Urtheile gelten, die in solcher Art zu Stande gekommen sind, wie das Gesetz es vorschreibt.

Zweitens entsteht Ungültigkeit *aus einem Mangel in den Personen der streitenden Theile.* Der Fall tritt im Allgemeinen ein, wenn diejenigen nicht aufgetreten sind, welche von Rechtswegen die Sache zu führen, die Macht und den Beruf hatten. Also, wenn Personen aufgetreten sind, welche der Fähigkeit, vor Gericht zu streiten, ermangeln; imgleichen solche, welche die Sache, worüber gestritten ward, nicht anging. Diejenigen, welchen es an der persona standi in judicio gänzlich gebricht, können weder selbst vor Gericht auftreten, noch andere für sich auftreten lassen; und das Urtheil, was in solchen Sachen, die sie unmittelbar oder mittelbar geführt haben, ergangen ist, dies Urtheil ist ungültig. Eine Ausnahme findet Statt bei Minderjährigen, wenn das Urtheil zu ihrem Vortheil ausgefallen ist [7]). Dies läßt sich wohl auf andere Personen ausdehnen, die mit ihnen in gleicher Lage sind, denen nicht wegen ihrer Unfähigkeit, sondern aus Vorsorge des Gesetzes für

---

C. quando provocare non est necesse

7) L. 14. C. de procurator.

für sie die Macht, vor Gericht zu streiten, entzogen ist; aber ein allgemeiner Satz, daß jedes Urtheil gültig sey, welches zu Gunsten desjenigen ausgefallen ist, dem die persona standi in judicio fehlt, ist daraus nicht abzuleiten.

Ebenso ist ein Urtheil ungültig, wenn Jemand im Auftrag eines andern vor Gericht getreten ist, der keinen Auftrag hatte, also ein falsus procurator war. Die nachfolgende Genehmigung kann den Mangel heilen [8]). Wenn indessen diese Genehmigung erst nach dem Urtheil erfolgt, dann entsteht die Frage, ob sie zum Nachtheil des Gegners bewirken kann, daß das einmal ungültige Urtheil gültig wird? Darüber streiten die Rechtsgelehrten. Man unterscheide also: 1. Vor dem Urtheil kann der dominus das, was falsus procurator vorgenommen hat, ohne Unterschied billigen. Darüber ist kein Streit. Er kann es auch 2. nach dem Urtheil billigen zu seinem Schaden, wenn nämlich das Urtheil gegen ihn ausgefallen ist.

L. 3. § 1. *D. rem ratam haberi.*

Falsus procurator de rato habendo cavit atque ita dominus a sententia judicis, procuratore victo, provocavit: stipulationis defecisse conditionem apparuit, cum ad auxilium commune superatus confugisset, quod si

---

[8]) *L.* 56. *D. de judiciis.* Licet verum procuratorem in judicio rem deducere verissimum est; tamen, et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium recte deducta. *L.* 1. *C. quibus res judicata non nocet.* Si neque mandasti fratri tuo defensionem rei tuae, neque quod gestum est, ratum habuisti: praescriptio rei judicatae tibi non oberit. Et ideo non prohiberis causam tuam agere sine praejudicio rerum judicatarum.

dominus qui ratum non habuit, pecuniam exegerit: stipulatio de rato committetur in eam pecuniam, quam dominus accepit, quamvis nihil procurator acceperit.

Auch darüber wird nicht gestritten, kann es auch nicht füglich werden, da die angeführte Gesetzstelle es deutlich genug ersehen läßt. Es frägt sich nur 3), ob er es auch billigen könne zu seinem Vortheil, wenn nämlich das Urtheil für ihn ausgefallen ist? Dies bejahen einige Rechtsgelehrte; andere, als Fachineus [9]), Perez [10]) läugnen es, wie es scheint, mit Unrecht. Ihr Hauptargument ist: das Fällen eines Urtheils durch eine öffentliche Behörde sey etwas, worauf der Wille einer Privatperson nicht einwirken könne. Das Urtheil sey, der Voraussetzung zufolge, einmal ungültig und könne durch den Willen einer Privatperson nicht gültig werden. Es könne auch dem Gegner das einmal erworbene Recht, das Urtheil als ungültig anzufechten, nicht wieder entzogen werden. Das erste Argument beweist zuviel; denn es würde daraus folgen, daß der dominus das Urtheil nicht für gültig anerkennen könne, auch, wenn es gegen ihn ausgefallen ist, was doch den Gesetzen nicht gemäß ist. Das zweite Argument beweist vollends gar nichts. Es kann hier gar von keinem durch ein ungültiges Urtheil erworbenen Recht des Gegners, was diesem nicht entzogen werden dürfte, die Rede seyn. Dagegen ist es überhaupt Grundsatz, wie die Genehmigung zurückgerechnet wird und, daß dieser Grundsatz auch nach dem Urtheil gilt, beweist jene nur so eben mitgetheilte Stelle [11]). Warum sollte auch grade das gesprochene Urtheil der Möglichkeit einer wirksamen Genehmigung Gränzen setzen?

---

[9]) lib. 8. controv. c. 61.

[10]) ad C. tit. de proc. nr. 14.

[11]) L. 3. § 1. D rem ratam haberi.

Die dritte Quelle der Ungültigkeit war das gerichtliche Verfahren, was dem Urtheil voranging. Eine Ungültigkeit dieser Art entspringt ohne Zweifel aus Vernachlässigung der wesentlichen Bestandtheile des Processes, oder, wenn dasjenige nicht beobachtet worden, was, der Natur der Sache nach, in jedem gerichtlichen Verfahren nothwendig zu beobachten ist. Eine Vernachlässigung wesentlicher Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens ist es unter andern, wenn die erste Regel des gerichtlichen Verfahrens: audiatur et altera pars, die selbst den Laien bekannt ist, nicht befolgt, dem Beklagten nicht die Gelegenheit gegeben wird, sich zu vertheidigen, er ungehört, auf einseitige Vorstellungen verurtheilt, das Urtheil also, wie man zu sagen pflegt, contra inauditum gesprochen wird. Dieser Verstoß ist grob, gröber, wie andere, der allergröbste von allen, dessen sich so leicht kein Richter, er müßte denn sehr unwissend oder einfältig seyn, schuldig machen wird. Ungülgültigkeit des ganzen Verfahrens und des gesprochenen Urtheils ist die Folge davon[12]). Ueberhaupt ist der Richter nur Richter, insofern er die beiderseitigen Gründe gegen einander abwägt, sie prüft und dann urtheilt; was er sonst zu thun hat, gehört zur Vorbereitung — oder zur Vollziehung, die mit dem Richteramt nichts gemein hat, sondern nur nebenher damit verbunden ist[13]).

---

[12]) L. 47. pr. D. de re jud. L. 73. pr. D. de judiciis. L. 1. C. de execut. rei jud. L. 3. L. 7. C. quomodo et quando judex. *Judex debet audire, examinare, non fulminare*, bemerkt die Glosse über L. 5. C. Comminat. epistolas etc.

[13]) Wenn der Richter den Beklagten, ohne, daß er sich vertheidigt hat, verurtheilt, so muß der Verurtheilte, sobald er von dem

Ein anderes Beispiel würde seyn, wenn der Richter den streitenden Theil nicht zur Führung des Beweises hätte zulassen wollen *). Ueberhaupt kann es nicht fehlen, daß nicht

---

Urtheil Nachricht erhalten hat, Beschwerde darüber führen, sonst wird es so angesehen, als wolle er sich dabei beruhigen und es wird rechtskräftig. L. 3 C. quomodo et quando judex sententiam proferre debeat. Die Ausleger beziehen die Stelle auf die contumacia praesumta. *Perez* ad h. tit. C. nr. 6. Diese Meinung findet sich schon in der Glosse. Und in der That scheint diese Auslegung gegründet zu seyn. Man kann nämlich, nach meinem Ermessen, wenn man genau zu Werke geht, noch unterscheiden den *inauditus* und den *indefensus*, einen, der gar nicht gehört ist, und einen, der, weil die Ladung nicht zu seiner Kenntniß gekommen, sich nicht vertheidigt hat, der nicht wirklich contumax war, sondern nur ob contumaciam praesumtam verurtheilt ist. Der Erstere ist *inauditus*, der Letztere ist ignorans und (vorzugsweise *indefensus*. Von dem Letzteren scheint hier die Rede zu seyn. Ein Urtheil gegen einen *inauditus* würde gar kein Urtheil genannt seyn; ungültig und ein bloßes Scheinurtheil, wie es war, konnte es auch keiner Berufung an einen höheren Richter bedürfen, konnte es durch bloßes Schweigen, konnte es unter keinen Umständen ein wahres und gültiges Urtheil werden. Leyser hat die Stelle von demjenigen verstanden, der bloß zur Eröffnung des Urtheils nicht geladen war, hernach aber erfahren hat, daß es eröffnet sey. Die Ungültigkeit eines solchen Urtheils werde geheilt, wenn derjenige, den es angeht, das Urtheil von freien Stücken anerkenne. Eine solche Anerkennung liege schon darin, wenn der Verletzte, nachdem er von dem Urtheil Kenntniß erhalten, nicht intra decendium an den Oberrichter sich wende. *Leyser* spec. 469. med. 6 et 7. Leyser hat die Stelle unrichtig ausgelegt. Sie handelt gar nicht von einem ungültigen Urtheil, als von welchem es überall keiner Appellation bedurft haben würde: sie handelt namentlich nicht von einem Urtheil, zu dessen Eröffnung Jemand nicht geladen war.

*) *Günther* princ. jur. rom. § 1246.

jede Entziehung oder Beschränkung der gesetzlichen Mittel, sein Recht ins Klare zu setzen oder sich gegen den Gegner zu vertheidigen, das Verfahren ungültig machen sollte.

Aber nicht bloß, wenn Substantialien des Processes vernachlässigt sind, sondern, nach allgemeinen Grundsätzen, namentlich des Römischen Rechts, entsteht Ungültigkeit des Urtheils auch dann, wenn solemnia processus nicht beobachtet worden sind, also, wenn nicht befolgt ist, was, ohne grade der Natur der Sache nach nothwendig zu seyn, die positiven Gesetze, des Nutzens wegen, beim gerichtlichen Verfahren zu beobachten vorgeschrieben haben, oder, wenn bloß die Ordnung verrückt ist, worin die einzelnen gerichtlichen Handlungen auf einander folgen. Denn also lehrt das Römische Recht: Abweichung vom gewöhnlichen Gange des Processes macht das Urtheil ungültig.

L. 4. C. de sent.

Prolatam a praeside sententiam contra solitum judiciorum ordinem, auctoritatem rei judicatae non obtinere certum est.

Man müßte denn die Stelle bloß von der Art, wie das Urtheil selbst zu Stande gekommen ist, so daß dabei an das vorhergehende gerichtliche Verfahren nicht gedacht wäre, verstehen.

Auf allen Fall hat der Jüngste Reichsabschied durch jenen berühmten Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten die Römische Gesetzgebung durchkreuzt. Seitdem ist zwischen wesentlichen und außerwesentlichen Mängeln zu unterscheiden; nur Vernachlässigung wesentlicher Bestandtheile macht das Urtheil ungültig; hingegen, wenn man sich über außerwesentliche bei dem Oberrichter

beschweren will, soll man, sagt das Gesetz, das fatale interponendae beobachten; daraus folgt, daß sie das Urtheil nicht ungültig machen. — Ich werde hierauf in der Folge zurückkommen. —

Endlich kann das Urtheil selbst ungültig seyn.

Zuvörderst kann das Urtheil solche Mängel haben, daß es nur etwa den Schein eines Urtheils hat, in der That aber ein solches nicht ist und daher auch nicht den Namen eines Urtheils verdient. Ein Urtheil ist ein Ausspruch des Richters, wodurch dieser, nach vorgängiger Untersuchung, einen vor ihm geführten Streit entscheidet [14]). Es ist daher kein Urtheil, wenn dem Urtheil kein Streit vorhergegangen oder der Richter in seinem Urtheil über dasjenige, worüber gestritten ist, hinausgeht, soweit nämlich dies Letztere geschehen ist [15]). Ebenso hat ein Urtheil keine Bedeutung und keinen Werth, welches erlassen ward, nach dem der Streit beendigt war. Gesetzt z. B. der Richter hätte ein Urtheil gesprochen, nachdem die streitenden Theile, ohne ihm die Anzeige davon zu machen, sich bereits außergerichtlich verglichen hatten; so würde ein solches Urtheil ohne Zweifel ungültig seyn. Die ehemals streitenden Theile würden dadurch nur erfahren, wie ihr Streit entschieden seyn würde, wenn sie sich nicht verglichen hätten.

Ein Urtheil soll wie ein Gesetz unter den streitenden Theile gelten und, wie ein Gesetz, muß es ihnen bekannt gemacht werden. So lange dieses nicht geschehen ist, kann

---

[14]) Totus tit. C. Comminationes, epistolas etc. auctoritatem rei judicatae non habere. L. 2. C. de sent. e periculo recit. L. 1. C. de execut. rei jud.

[15]) Nulla est sententia, quatenus excedit illud, quod fuit controversia. Mev. P. 3. dec. 106. nota 1.

das Urtheil gar nicht als gesprochen, gar nicht als vorhanden angesehen werden [16]).

Wenn aber ein wirkliches, von dem Richter nicht bloß entworfenes, sondern ausgesprochenes oder verkündigtes Urtheil vorhanden ist, so kann es ungültig seyn entweder in Hinsicht auf die Form oder in Hinsicht auf den Inhalt.

Ziehen wir erstens die Form in Betrachtung. Nach den Gesetzen gehört zur Form des Urtheils, daß, nachdem die Acten geschlossen sind, der Richter selbst das in der Landessprache schriftlich abgefaßte Urtheil den vor ihm erschienenen streitenden Theilen, indem er an der Gerichtsstäte zu Gericht sitzt, vorlies't. Wird die Form des zu erlassenden Urtheils in einem Stück vernachlässigt, so ist das Urtheil ungültig, gemäß der Regel: *Actus forma sua destitutus, est nullus*; auch sagen es die Gesetze für diesen Fall im Einzelnen ausdrücklich. Also 1. das Urtheil muß schriftlich abgefaßt seyn. 2. Das Urtheil muß in der Landessprache abgefaßt seyn. In Rom mußten sich die Richter überhaupt bei ihren Verordnungen der lateinischen Sprache bedienen [17]). In den Provinzen, wo man griechisch sprach, wie in Kleinasien, war es ihnen freigestellt, sich entweder der griechischen Sprache zu bedienen oder der Sprache des herrschenden Volks [18]).

---

[16]) Wird die Handlung der Publication unterbrochen, so kann sie ebensowenig von Folgen seyn, wie eine andere, welche unvollendet geblieben ist. *Schaumburg* princ. prax. jur. jud. lib. 1. sect. 1. membr. 4. § 14. bes. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß zweiter Theil § 362.

[17]) *L.* 48. *D. de re jud.* Decreta a Praetoribus Latine interponi debent.

[18]) *L.* 12. *C. de sententiis et interlocut.* Judices tam Latina, quam Graeca lingua sententias proferre possunt. *Brunnemann* ad h. l. C.

3. Die streitenden Theile müssen vor Gericht erschienen seyn. Zu dem Ende müssen sie zur Eröffnung des Urtheils vorgeladen werden. 4. Der Richter selbst muß es ihnen vorlesen. 5. Beim Vorlesen soll er zu Gericht sitzen. — Es ist freilich wunderbar genug, daß dem Richter sogar die Stellung oder Haltung des Leibes vorgeschrieben ist, worin er Recht sprechen soll; indessen ist es nun einmal so [19]. 6. Der Richter soll, der Regel nach, das Urtheil sprechen an der gewöhnlichen Gerichtsstäte [20].

---

[19]) *L. 4. C. de sent. et interlocut.* Prolatam a Praeside sententiam contra solitum judiciorum ordinem, auctoritatem rei judicatae non obtinere, certum est. *L. 1. C. de sententiis e periculo recitandis.* Arbitri nulla sententia est, quam scriptam edidit litigatoribus, si non ipse recitavit. Si igitur nihil fallis: omissa provocationis mora, ex integro judicari, impetrabis a Rectore provinciae. *L. 2. C. eod.* Hac lege perpetuo credimus ordinandum, ut Judices, quos cognoscendi et pronunciandi necessitas tenet, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante forment et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferant, scriptasque ex libello partibus legant. Sed nec sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi: Exceptis tam viris eminentissimis Praefectis praetorio, quam aliis illustrem administrationem gerentibus, caeterisque illustribus Judicibus, quibus licentia conceditur etiam per officium suum, et eos, qui ministerium suum eis accommodant, sententias definitivas recitare. *L. 3. C. eod.* Statutis generalibus jussimus, ut universi Judices, quibus reddendi juris in provinciis permisimus facultatem, cognitis causis ultimas definitiones de scripti recitatione proferant. Huic adjicimus sanctioni, ut sententia, quae dicta fuerit, cum scripta non esset, nec nomen quidem *sententiae* habere mereatur: nec ad rescissionem perperam decretorum, appellationis solennitas requiratur. cap. 5. de sent. et re jud. in sexto.

[20]) *L. 6. C. de sent.* Cum sententiam Praesidis irritam esse dicis, quod non publice, sed in secreto loco, officio ejus non prae-

Diese Regeln alle gelten selbst für das summarische Verfahren, nur ist dem Richter im summarischen Proceß freigestellt, ob er das Urtheil stehend oder sitzend vortragen will; auch ist nicht nöthig, daß vor dem Urtheil, wie im ordentlichen Proceß, die Acten förmlich für geschlossen erklärt sind [21]). Gleichwohl lehren einige Rechtsgelehrte, es sey im summarischen Proceß dem Richter erlaubt, statt es ihnen selbst im Termin zu eröffnen, den Parteien das schriftlich ausgefertigte Urtheil durch den Gerichtsdiener in vim publicationis zustellen zu lassen [22]). Es ist dies allerdings eine Art, das Urtheil zu verkündigen, welche in Deutschland sehr gewöhnlich und den Regeln des Processes in einzelnen Ländern gemäß ist; sie ist auch für ein summarisches Verfahren jeder andern vorzuziehen, wenn der Richter nicht im Stande ist, die Sache auf der Stelle zu entscheiden; allein, das Römische und das Canonische Recht kennen sie nicht; sie kennen nur jene feierliche, die durch den Richter selbst, in der Sitzung des Gerichts, geschieht. Und daher erwähnen auch die Lehrbücher gewöhnlich keiner anderen [23]). Ist übrigens Jemand nur zur Anhörung des Urtheils geladen worden, so

---

sente, sententiam suam dixit: nullum tibi ex his, quae ab eo decreta sunt, praejudicium generandum esse constat.

[21]) clem. 2. de Verborum sign.

[22]) *G. L. Boehmer* princ. jur. can. § 822. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Proceß, Theil 2., § 262.

[23]) Siehe z. B. *Schaumburg* princ. prax. jur. lib. 1. sect. 1 membr. 4. § 14. folg. Danz Grundsätze des ordentl. Proc. § 225 der alten Auflage. Gönner Erörterungen nr. 17. S. 62. Die neue von Gönner besorgte Auflage des Lehrbuchs von Danz § 225 läßt wünschen, daß auch über diesen Punkt die alte Lesart wieder hergestellt würde. Gönner war überhaupt wohl nicht in seinem Fach, wenn er Lehrbücher schrieb

kann auch gegen den Abwesenden im angesetzten Termin das Urtheil gültig gesprochen werden [24]). Es ist auch nicht einmal nöthig, daß der Richter das gegen den Ausgebliebenen ausgesprochene Urtheil für ihn ausfertigen und das ausgefertigte ihm in vim publicati zustellen läßt; das Urtheil gilt auch ohne das und wird auch ohne das rechtskräftig [25]). Nur, wenn der Ausgebliebene, wegen seiner Abwesenheit, *rechtmäßige Entschuldigungsgründe beweisen kann*, wird das gegen ihn ausgesprochene Urtheil auf sein Begehren für unkräftig erklärt [26]).

Die Art übrigens, wie, den Gesetzen zufolge, ein Urtheil zu verkündigen ist, läßt manches zu wünschen übrig. *Dagegen* ist freilich nichts zu erinnern, daß das Urtheil aufgeschrieben wird; es ist an sich nicht wesentlich, aber doch nöthig, weil die Ausdrücke genau und abgewogen seyn müssen, besonders aber, weil die Bestimmungen des Urtheils, wodurch die Rechtsverhältnisse der streitenden Theile geordnet werden, *bleibend seyn sollen* und zur Nachricht aufbewahrt werden müssen. Mit dem bloßen verhallenden Wort kann man sich in gerichtlichen Dingen überhaupt nicht und am wenigsten, wenn vom Urtheil die Rede ist, begnügen. Also *aufgeschrieben* muß das Urtheil werden, aber erst, nachdem es *gesprochen ist*. Der Würde des Richters ist es gemäß, nicht, daß er ein Urtheil *liest*, sondern, daß er es *ausspricht*. Das ist die älteste, die einfachste und die natürlichste Art, wie ein Urtheil zu verkündigen ist, wie schon die Sprache andeutet. Indessen läßt sich, was das gericht-

---

[24]) L. 2. C. Quomodo et quando judex sententiam proferre debeat.

[25]) *Leyser* spec. 469. med. 8.

[26]) L. 60. D. de re judicata c. 18. X. de sent. et re jud.

liche Decorum erfordert, mit dem, was nützlich ist, dadurch vereinigen, daß sogleich, nachdem der Richter das Urtheil ausgesprochen, das schon zuvor schriftlich ausgefertigte den streitenden Theilen durch den Gerichtsschreiber vorgelesen und dann in gleichlautenden Exemplaren zugestellt wird.

Ich kehre zu den Fehlern der Urtheile zurück und handle jetzt von solchen Fällen, da ein Urtheil, seines Inhalts wegen, ungültig ist.

1. Ein Urtheil, was vorzugsweise diesen Namen verdient, nämlich die *sententia definitiva*, soll dem Streit ein Ziel setzen. Dies kann nur geschehen, indem der Richter, entweder, verurtheilt, oder, freispricht, oder, in verschiedenen Puncten, das Eine mit dem Anderen verbindet[27]. Es heißt daher

L. 3. C. de sent.

Praeses provinciae non ignorat definitivam sententiam, quae condemnationem, vel absolutionem non continet, pro justa non haberi.

2. Bei der Verurtheilung gebührt es dem Richter, soviel, als jedesmal möglich ist, das Object und besonders auch die Größe dessen, was zu leisten ist, entweder in dem Urtheil selbst, oder, durch Beziehung auf die Ac-

---

[27]) *L. 1. D. de re jud. Res judicata* dicitur, quae finem controversiarum pronunciatone judicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit. *L. 27. D. Fam. ercisc.* In hoc judicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt: et ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in caeterorum quoque persona quod fecit judex, non valebit, quia non potest (ex) uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.

ten, genau zu bestimmen, es sey denn, daß Jemanden für das Erste nur im Allgemeinen Entschädigung zugesprochen wird und die Größe derselben künftig weiter ausgemittelt werden soll. Auch Unbestimmtheit des Urtheils kann also das Urtheil ungültig machen [28]).

3. Das Urtheil muß nach dem, was der Kläger in der Klage begehrt hat, sich richten; es muß dem Klageantrage angemessen seyn und nicht darüber hinausgehen. Die Alten lehrten, der Richter dürfe beim Verurtheilen keinen Finger breit von dem Klageantrage abweichen; sie gaben die Regel, *sententia nulla est, nisi libello conformis sit*. Leyser bemüht sich, zu zeigen, daß diese Regel unrichtig sey und zu den gemeinen Irrthümern gehöre [29]). Es scheint indessen dieser Satz als Regel immer gegründet und der

---

[28]) *§ 32. J. de act.* Curare autem debet judex, ut omnino quantum possibile ei sit certae pecuniae vel rei sententiam ferat: etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est. *L. 2. C. de sententia, quae sine certa quantitate profertur.* Quamquam pecuniae quantitas sententia Curatoris reipublicae non continetur, sententia tamen ejus rata est, quoniam indemnitatem Reipublicae praestari jussit. *L. 3. C. eod.* Haec sententia, *Omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve,* Judicati actionem praestare non potest: cum apud Judices ita demum sine certa quantitate facta condemnatio, auctoritate rei judicatae censeatur, si parte aliqua actorum certa sit quantitas comprehensa. *L. 4. C. eod.* Haec sententia, *Quae bona accepisti, solve:* cum incertum esset, quid accepisset: quantumcunque ab eo peteretur, praesertim cum ipse, qui extra ordinem judicabat, interlocutus sit *dotem datam, quae repeteretur, non liquidam esse, judicati auctoritate* non nititur. Cum igitur is, qui postea judicabat, contra te certam sententiam protulerit, neque a statutis provocaveris: ipso tuo facto confirmasti judicatum.

[29]) *Leyser* Med. spec. 468.

Maxime unseres Processes, daß der Richter nicht von Amtswegen thätig ist, angemessen zu seyn [30]).

4. Ungültig ist ein Urtheil, soweit es gegen denjenigen gerichtet ist, der an dem Streit keinen Theil genommen [31]).

[30]) L. 18. D. Communi div. Die Rechtsgelehrten pflegen den Satz aufzustellen, es könne der Richter, wenn der Kläger weniger gebeten, als ihm zukömmt, ihm nichts desto weniger alles zuerkennen, wovon er aus den Acten sieht, daß es ihm gebührt. Siehe z. B. *Leyser* spec 37. med 7. Sie berufen sich auf L. 1. C. de plus pet. (die übrigens nur zu den legibus restitutis gehört), L. 2. C eod. und § 34. J. de act. Allein, ich zweifle sehr daran, ob die Rechtsgelehrten die Meinung des Gesetzgebers in diesem Fall getroffen haben. Der Sinn jener Stellen scheint gar nicht dahin zu gehen, daß der Richter dem Kläger das zu wenig Gebetene von Amtswegen zuerkennen könne — dafür giebt es gar keinen vernünftigen Grund, da man ja nicht einmal wissen kann, ob der Kläger das Plus haben will - sondern, daß jener seine Klage noch in demselben Proceß verbessern, das *Plus in eodem judicio* nachfordern dürfe. Man lese jene Stellen nur selbst nach; imgleichen *Vinn.* ad § 34. J. de act. Wie gut ist übrigens, was Pufendorf über die Macht des Richters in dieser Hinsicht sagt (tom. 2. obs. 107.): Quamquam superstitiose existimandum non est, judicem a petitis libelli ne latum quidem unguem discedere oportere, tamen praeter intentionem ipsius actoris in actis declarandam, plus ei adjudicare periculosum est et vitio nullitatis vix caret. Aliud est, ex intentione actoris libellum corrigere et emendare, aliud ipsius intentionem egredi. Quod permittendum judici vix est, propterea quod ipse dirimendis tantum litibus praefectus est adeoque id, de quo nulla controversia intelligitur, decidere non debet et praeterea reo excipiendi facultas adimitur. Reus enim exceptiones suas secundum intentionem actoris in actis declaratam proponit, alias forte objecturus, si ulteriorem actoris intentionem cognovisset. Etc.

[31]) Nach römischem Recht muß auch, wenn ein Procurator den Proceß geführt hat, der Procurator, nicht der dominus litis verurtheilt werden. L. 1. C. de sent. et interlocut.

Ungültig ist ferner

5. ein Urtheil, wodurch ein vorhergehendes Urtheil aufgehoben oder abgeändert wird, ohne daß dagegen — nämlich gegen das vorhergehende Urtheil — ein Rechtsmittel eingewendet wäre [32]). Daß das erste Urtheil bereits in Rechtskraft getreten sey, wie die Rechtsgelehrten einstimmig zu erfordern pflegen, ist eben nicht nöthig. Denn kein Richter hat die Macht, ein einmal gesprochenes Urtheil wieder aufzuheben, weder sein eigenes [33]), noch ein fremdes, wenn dagegen kein vom Gesetz zu diesem Zweck gegebenes Mittel, kein Rechtsmittel, zur gehörigen Zeit und in der gehörigen Form in Anwendung gebracht ist. Und darin besteht eben der Grund jenes Satzes [34]). War das erste Urtheil bereits rechtskräftig, so ist das zweite freilich auch ungültig; aber dafür lassen sich, außer dem eben angeführten, noch zwei andere Gründe anführen, nämlich einmal, weil ein rechtskräftiges Urtheil einer gesetzlichen Wahrheit gleich zu achten ist [35]), zweitens, weil der Streit durch das erste, bereits rechtskräftig gewordene Urtheil schon beendigt ist, also die Function des Richters aufgehört hat.

6. Auch diejenigen Urtheile, die auf falsche Beweismittel, z. B. auf verfälschte Urkunden, auf das Zeugniß bestochener Zeugen gebauet sind, gehören zu den ungültigen. Einige rechnen dergleichen Urtheile zu den ungerechten, wo-

---

[32]) L. 1. et 3. C. Sententiam rescindi non posse. L. 6. C de execut. rei jud. cap. 20. X. de re jud.

[33]) L. 14. L 55. D. de re jud. L. 2. C. de sent. ex periculo recitandis.

[34]) L. 1. C. Sent. rescindi non posse. L. 9. C. de sent. et interlocut.

[35]) L. 207. D. de reg. jud. Diesen Grund pflegen die Rechtsgelehrten anzuführen. Mehlen von der Appellation § 155. Note c.

gegen, wenn sie rechtskräftig geworden, noch binnen dreißig Jahren, nach dem Civilrecht, Restitutio in integrum nachgesucht und durch dieses außerordentliche Rechtsmittel Hülfe erlangt werden kann. Es gründet sich diese Meinung auf eine Stelle in den Pandecten, worin Callistratus von einem gewissen Rescript Nachricht giebt, welches Hadrian erlassen [36]). In dieser Stelle kommen allerdings die Ausdrücke *in integrum restitutio* und *restituere* vor und es wird gesagt, daß derjenige, welcher auf das Zeugniß bestochener Zeugen verurtheilt worden, in den vorigen Zustand zurückzuversetzen sey. Allein, es giebt mehrere Stellen im Codex, woraus erhellet, daß ein solches Urtheil ungültig sey. Sie ergeben, daß demjenigen die exceptio rei judicatae nicht entgegenstehe, daß derjenige nicht nöthig habe, sich an den Oberrichter zu berufen, der auf falsche Urkunden oder falsches Zeugniß besiegt ist. u. s. w. [37]). Die Natur der Sache ist auch dafür, daß ein Urtheil ungültig ist, was auf falschen Voraussetzungen beruht. Die angeführten gesetzlichen Ausdrücke, welche die entgegenstehende Meinung zu rechtfertigen scheinen, nämlich *in integrum restitutio* und

---

[36]) *L. 33. D. de re jud.* Divus Hadrianus aditus per libellum a Julio Tarentino, et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem judicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: *Exemplum libelli dati mihi a Julio Tarentino mitti tibi jussi. Tu, si tibi probaverit, conspiratione adversariorum, et testibus pecunias corruptis oppressum se: et rem severe vindica: et si qua a judice tam malo exemplo circumscripto judicata sunt, in integrum restitue.*

[37]) Tot Tit. Cod. Si ex falsis instrumentis vel testimoniis judicatum est. S. auch L. 11. D. de except.

restituere, werden hier nicht in dem Sinn gebraucht, worin sie gewöhnlich vorkommen, nämlich, für eine Handlung, wodurch ein negotium stricto jure validum wieder aufgehoben oder zurückgestellt wird; sie deuten bloß an, wie das bisherige Verfahren und Urtheil über den Haufen fällt und die Sache ganz von neuem zu untersuchen sey; sie sind also mit ähnlichen Ausdrücken, die in dieser Materie im Codex gebraucht werden, als *ex integro* de causa audiri, causa judicati *in irritum devocatur*, gleichbedeutend [38]).

Es versteht sich übrigens, daß derjenige die Falschheit des Zeugnisses u. s. w. beweisen müsse, der das Urtheil aus diesem Grunde für ungültig ausgiebt; auch lehren es die Gesetze [39]). Er muß aber nicht bloß zeigen, wie das Zeugniß u. s. w. falsch gewesen, sondern auch, daß der Richter dadurch so, wie geschehen, zu sprechen bewogen worden, oder, m. a. W. das Urtheil, in Folge dieses falschen Zeugnisses, gegen ihn also ausgefallen sey [40]). Denn beides zusammen wird vorausgesetzt, Falschheit des Zeugnisses und daß das Urtheil darauf beruht, damit ein Urtheil aus diesem Grunde ungültig sey. Beides liegt in dem Grund-

---

[38]) Daß der Ausdruck Restitutio in integrum nicht immer eine prätorische Restitution, überhaupt nicht immer eine Restitution im gewöhnlichen Sinn der Rechtswissenschaft (gegen ein stricto jure gültiges Geschäft), sondern nur richterliche Hülfe zur Vernichtung des Geschäfts und dessen schädlicher Folgen andeute, habe ich schon früher bemerkt. S. alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 75 in der Note. S. auch für diesen besonderen Fall *J. H. Boehmer* Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 27. § 37.

[39]) L. 33. D. de re judicata. L. 2. C. Si ex falsis instrumentis.

[40]) L. 3. C. eod.

Grundsatz, das Urtheil müsse auf falsche Beweise sich gründen, eingehüllt.

Es pflegen aber die Rechtsgelehrten den ungültigen Urtheilen nicht bloß solche, die auf falsche Beweise sich gründen, sondern diejenigen überhaupt beizuzählen, die *ex falsa causa* geflossen sind. So bemerkt Mevius: Sententia ex falsa causa lata non valet [41]). Ja, diese alten Rechtsgelehrten gehen wohl gar soweit, zu behaupten, ein jedes Urtheil, was auf unrichtigen Entscheidungsgründen beruht, sey ex falsa causa gesprochen und ungültig; sie erklären daher den Richter für einen Thoren, der seinen Ausspruch mit Gründen belegt, statt die Parteien darauf rathen zu lassen; der Klugheit sey es gemäß, daß der Richter die Gründe für sich behalte; non expressa non nocent, quae si expressa fuissent, nocere possent, sagten diese klugen Leute [42]). Allein, die Gesetze haben nirgends den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, ein Urtheil sey ungültig, was ex falsa causa geflossen ist, und am allerwenigsten haben sie diesem Grundsatz eine Ausdehnung gegeben, die allen Unterschied zwischen der sententia nulla und iniqua vernichten würde. Nur in gewissen besonderen Fällen ist ein Urtheil ungültig, was ex falsa causa geflossen ist. Si ex falsis *instrumentis vel testimoniis* judicatum est, heißt es im Codex schon in der Ueberschrift des Titels, nicht aber: Si *ex falsa causa.* Im Allgemeinen stellen die Gesetze nicht undeutlich die Regel auf: Ein Urtheil gilt und wird rechtskräftig, obgleich es aus Irrthum oder Begünstigung gesprochen ist.

---

[41]) *Mev.* P. 3. dec. 104.

[42]) S. *J. H. Boehmer* jus eccles. Prot. lib. 2. tit. 27. § 38.

L. 65. § 2. D. ad Senatuscons. Trebell.

Cum Praetor, cognita causa, *per errorem* vel etiam *ambitiose* juberet, hereditatem ut ex fideicommisso restitui: etiam publice interest restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem.

Die Rechtsgelehrten berufen sich, um ihren Satz zu beweisen, auf einige Stellen des Canonischen Rechts, als cap. 8. X. de sent. et re jud. und cap. 6. X. de frigidis et maleficiatis. In der zuerst erwähnten Stelle werden so viele Gründe neben einander angeführt, daß man nicht einmal sagen kann, welcher Grund es eigentlich war, der die Entscheidung, *sententiam esse irritandam*, was vielleicht auch nur Aufhebung eines gültigen Urtheils bedeuten soll, begründete. Die zuletzt erwähnte Stelle kann etwa nur den allgemeinen Satz rechtfertigen, daß ein Urtheil ungültig sey, was in Hinsicht auf Thatsachen auf falscher Voraussetzung beruht [43]).

7. Ungültig ist besonders ein Urtheil, was contra jus in thesi gesprochen ist d. h. was gegen ein klares Gesetz verstößt — sey es nun ein geschriebenes oder ein Gewohnheitsrecht — oder, gegen eine ausgemachte Rechtswahrheit. Hingegen, wenn der Richter von einem an sich richtigen Rechtssatz eine unrichtige Anwendung macht auf den vorliegenden Fall, wenn er nicht gegen die Gesetze verstößt, son-

---

[43]) Indessen ist daselbst von Ehescheidung die Rede und es könnte vielleicht seyn, daß hier bloß die Meinung ausgesprochen werden sollte, wie eine Ehe als fortbestehend anzunehmen, wenn sie durch ein Urtheil, was auf error facti beruht, geschieden ist; doch dürfte die im Text aufgestellte Meinung den Vorzug verdienen.

dern den streitenden Theil in seinen Gerechtsamen verletzt, wenn das Urtheil, wie Macer sagt, nicht *contra jus constitutionis* erlassen ist, sondern *litigatoris*, oder, wie die neueren Rechtsgelehrten sich ausdrücken, wenn der Richter *contra jus* nicht *in thesi*, sondern *in hypothesi* gesprochen hat; dann ist das Urtheil nicht ungültig, sondern nur ungerecht und muß, wenn der Verletzte eine Abänderung desselben begehrt, durch Rechtsmittel angefochten werden [44]).

Nothwendig scheint zu seyn, damit ein Urtheil, als contra jus in thesi gesprochen, ungültig sey, 1. daß der Fehler nicht bloß im Auslegen begangen ist [45]), 2. daß der Richter vielmehr von einem offenbar falschen Rechtssatz ausgegangen sey, 3. daß das Urtheil darauf, als auf seiner Grundlage, beruht und 4. dadurch allein aufrecht erhalten wird. Denn, könnte das Urtheil durch andere bessere Gründe dennoch gerechtfertigt werden, so würde wohl kein Zweifel seyn, daß es nicht ungültig, sondern aufrecht zu erhalten wäre. Dagegen scheint es nicht nothwendig zu seyn, daß der Richter den falschen Rechtssatz ausdrücklich aufgestellt habe, entweder im Urtheil oder in den Entscheidungsgründen. Es genügt auch schon, wenn aus dem Urtheil selbst, so wie es lautet, folgt, der Richter habe gegen das Gesetz geurtheilt, so, daß darüber gar kein Zweifel seyn kann, z. B. das Gesetz erkennt Jemanden eine Strafe von zehn Thalern zu und der Richter verurtheilt ihn zu zwanzig [46]).

---

44) L. 1. § 2. D. Quae sent. sine app. rescindantur. L. 19 D. de appellat. L. 32. D. de re jud. cap. 1. X de sententiis et re judicata.

45) L. 32. D. de re jud.

46) *L. 5. C. Quando provocare non est necesse.* Certa ratione et fine, multare Praesides possunt. Quod si aliter, et contra legis statutum modum provinciae Praeses multam vobis irroga-

Gönner [47]) beschuldigt die Rechtsgelehrten, sie hielten es nur für einen Fehler contra jus in hypothesi, wenn der Richter einen Knaben (denn unter dem Menschen ist doch wohl einer, der masculini generis ist, zu verstehen) von zwölf Jahren für einen, der bereits mündig sey, erkläre. Ich lasse dahin gestellt seyn, ob je ein Rechtsgelehrter dies behauptet hat; ich wenigstens habe dies Beispiel bei keinem gefunden; soviel aber weiß ich, daß es ein Fehler contra jus *in thesi* seyn würde; denn es würde auf offenbarer ignorantia juris beruhen. Zwar lehrt Modestinus, ein Urtheil gilt nicht, wenn es ausdrücklich gegen das Gesetz verstößt: Si *expressim* sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet. Und weiter: Non jure profertur sententia, si *specialiter* contra leges, vel S. C. vel Constitutionem fuerit prolata [48]). Allein, das will hier doch wohl nur soviel sagen, ein Urtheil gilt nicht, wenn es gradezu gegen das Gesetz verstößt, nicht bloß im Auslegen eines zweifelhaften Gesetzes gefehlt ist. Ja, wäre auch der Sinn jener Worte der gewöhnliche, so würde daraus, daß die Gesetze an Einer Stelle sagen, wovon sie an anderen schweigen, das Urtheil gilt nicht, wenn es ausdrücklich gegen die Gesetze verstößt, noch nicht folgen, also gilt es, wenn es zwar gegen die Gesetze, aber nicht ausdrücklich, verstößt. Unius positio non est alterius exclusio. Auf allen Fall ist die Lehre des Modestinus aus anderen Stellen so, wie geschehen, einzuschränken. Es giebt noch eine Stelle, woraus auf den ersten An-

verit: dubium non est, id quod contra jus gestum videtur, firmitatem non tenere, et sine appellatione posse rescindi

[47]) im Handbuch des Proc. Bd. 3. Abh 64. § 24.

[48]) L. 19. D. de appell.

blick hervorzugehen scheint, es sey schlechthin nothwendig, daß ausdrücklich gegen das Gesetz geurtheilt sey. Diese Stelle rührt ebenfalls von Modestinus her und lautet, wie folgt:

L. 27. D. de re jud.

Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra Leges et Sacras Constitutiones; ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam injustam Praesidis appellavit. Quaero, cum non secundum Legem (hic) Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem? Modestinus respondit, si sententiae certa quantitas continetur, nihil proponi, cur judicati agi non possit.

Die Ausleger sagen, die Stelle sey so zu erklären. Der Schuldner war nicht ausdrücklich verurtheilt, Zinsen von Zinsen zu bezahlen; dies wäre ausdrücklich gegen das Gesetz — L. 29. D. L. ult. C. de usuris — gewesen; sondern er war zu einer bestimmten Summe verurtheilt und darunter waren usurae usurarum enthalten; es war also nur im Stillen gegen die Gesetze geurtheilt und daher war das Urtheil nicht ungültig [49]. Allein, vernünftigerweise kann es keinen Unterschied machen, ob mit dürren Worten oder im Stillen gegen die Gesetze geurtheilt ist. Das Uebertreten des Gesetzes macht das Urtheil ungültig, nicht die ausdrückliche Erklärung des Richters. Die Auslegung des eben angeführten Gesetzes ist durchaus verfehlt; man brachte zum Auslegen Vorurtheile mit und legte Ideen hinein, woran

---

[49]) *Perez* ad tit. C. quando provocare non est necesse nr. 4. *Brunnemann* ad l. 27. D. de re jud.

die römischen Rechtsgelehrten nicht gedacht hatten. Mir scheint der Sinn der Stelle dieser zu seyn. Im Gebrauch der Appellation liegt, wie ich auch schon früher erwähnt habe, in manchen Fällen eine Anerkennung des ungültigen Urtheils. Diese Bemerkung enthält den Schlüssel zu unserer Gesetzstelle. Es wird mit keiner Sylbe angedeutet, daß der Schuldner nur *tacite* zur Bezahlung der Zinsen (von den Zinsen) verurtheilt worden; es mag auch wohl ausdrücklich geschehen seyn. Es wird nicht erwähnt, ob der Richter einen falschen Rechtssatz aufstellte, oder, ob er ihn im Sinn behielte. Das waren gleichgültige Umstände; darum geschieht ihrer keine Erwähnung. Genug, der Richter hatte gegen das Gesetz geurtheilt; er hatte dem Gläubiger Zinsen von Zinsen zugesprochen; folglich war das Urtheil ungültig; diese Folgerung macht der Rechtsgelehrte nicht ausdrücklich, sondern als eine bekannte, sich von selbst verstehende, behält er sie im Sinne. Der Schuldner focht das Urtheil jedoch nur als ein ungerechtes mit der Appellation an; dadurch ward, nach der Meinung dieses Rechtsgelehrten, der Mangel des Urtheils geheilt. Da nun dieses Mittel ohne Erfolg war, weil der Schuldner beim Gebrauch desselben etwas versehen oder versäumt hatte, so mußte es bei dem Urtheil das Bewenden behalten, vorausgesetzt nebenher, daß der Schuldner zu einer bestimmten Quantität verurtheilt war. Denn sonst würde das Urtheil aus anderen Gründen ungültig seyn, oder, wenn auch hierauf der Gebrauch der Appellation heilend einwirken könnte, würde man doch sagen können, unter der unbestimmten Größe, wozu der Schuldner verurtheilt

worden, sey nur soviel begriffen, als er von Rechts-wegen fordern könne [50]).

Der Sinn der römischen Gesetze ist überhaupt in dieser Materie, wie gewöhnlich, einfach und mir ganz klar. So wenig ein Urtheil gegen ein Urtheil gilt, eben so wenig und noch weniger gilt ein Urtheil gegen ein Gesetz. Gegen das Gesetz aber wird geurtheilt, wenn nicht etwa ein zweifelhaftes Gesetz unrichtig ausgelegt oder angewandt, sondern eine ausgemachte gesetzliche Wahrheit gradezu übertreten wird.

Worauf aber der Grund des ganzen Rechtssatzes beruht, darüber haben die Gesetze sich nicht erklärt.

Man kann ihn aus der Natur des Auftrags ableiten. Des Richters Amt geht dahin, daß er die Gesetze d. h. die wirklich gegebenen, die wirklich geltenden, die echten, auf vorkommende Fälle anwenden soll. Er handelt gegen seinen Auftrag, wenn er, statt gesetzlicher Wahrheiten, gesetzliche Unwahrheiten bei seiner Entscheidung zum Grunde legt. Es kann zwar seyn, daß er das Gesetz nicht gekannt hat. Dies mindert seine Schuld; wenn er ohne sein Wissen das Gesetz, das echte nämlich, bei Seite liegen läßt und ein falsches an dessen Stelle setzt, so ist er nicht so strafbar, als wenn er es mit Wissen und Vorsatz thut. Aber, in der Wirkung trifft Beides zusammen. Er handelt immer gegen seinen Auftrag, im Fall er das Gesetz, wornach er richten soll,

---

[50]) Ganz falsch haben den Sinn der Stelle die Basiliken wiedergegeben:

Ἐὰν δικαςὴς τόκους τόκων εἰς ῥητὴν ποσότητα καταδικάσει, κἂν παράνομος ἡ κρίσις εἴη, μὴ ἐκκληθῇ δὲ, ἐκβιβάζεται. Si judex in usuras usurarum, quae certa quantitate continentur, condemnaverit, quamvis injusta sententia sit, adversum quam nec provocatum est, executioni mandatur.

nicht befolgt, wenn er es auch nicht gekannt hat. Dasselbe würde man von einem Mandatarius sagen, der seine Instruction nicht befolgte, wenn er sich damit entschuldigen wollte, er habe sie nicht gekannt. Beide handelten schon dadurch unerlaubt, jener, daß er die Kenntniß der Gesetze, wornach sich zu richten ihm aufgetragen war und er übernommen hatte, sich nicht zu verschaffen oder zu erhalten gesucht, dieser, daß er sich mit seiner Instruction nicht bekannt machte.

Ganz anders ist es, wenn der Fehler bloß im Urtheilen begangen wird, wenn er nicht aus Mangel an Kenntniß des Gesetzes, auch nicht aus bösem Willen gefehlt hat, wenn er bloß in der Anwendung des Gesetzes auf diesen Fall irrt, ein Gesetz darauf anwendet, was darauf nicht paßt; hier kann man nicht sagen, daß er — aus Unwissenheit oder Bosheit — seinen Auftrag übertritt, sondern nur, daß er nicht unfehlbar ist.

Ob nun aber grade die römischen Rechtsgelehrten den Grund des Rechtssatzes auf Ueberschreitung des Auftrags zurückgeführt haben, kann ich nicht mit Gewißheit sagen. Soviel ist klar, daß der Richter seine Amtspflicht übertritt, welcher — sey es aus Vorsatz oder Unwissenheit — sich nicht nach den Gesetzen, wie sie sind, richtet und Justinian lehrt: es sey des Richters erste Pflicht, nicht anders, als nach den Gesetzen zu urtheilen:

pr. J. de officio judicis.

— — in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet quam legibus aut constitutionibus aut moribus;

und wenn er diese seine erste Pflicht übertritt, dürfen wir uns wundern, wenn seine Urtheile ungültig sind?

8. Ungültig ist das erkaufte Urtheil, was ein bestochener Richter gefällt hat [51]). Nicht nur verletzt ein solcher Richter seine Amtspflicht und zwar vorsätzlich, sondern er tritt auch dadurch, daß er nicht den streitigen Fall, sondern die streitenden Personen ansieht, nicht sowohl seine Meinung erklärt, als vielmehr den einen der streitenden Theile bloß begünstigt, ganz aus der Sphäre eines Richters.

9. Ungültig ist ein Urtheil, wodurch ein bereits Verstorbener verurtheilt wird, als lebte er noch [52]). Ist das Urtheil für den Verstorbenen ausgefallen, so kömmt es dem Erben zu Gute [53]).

10. Ungültig ist ein Urtheil, wodurch Jemand zu etwas verurtheilt wird, was unmöglich ist [54]).

11. Ungültig ist ein Urtheil, welches widersprechende Dinge enthält, die auf keine Weise neben einander bestehen können [55]).

12. Ungültig ist ein Urtheil, insofern es auf einem Rechnungsfehler beruht. Ein solches Urtheil wird nicht rechtskräftig; der Rechnungsfehler kann zu jeder Zeit verbessert

---

[51]) *L. 7. C. Quando provocare non est necesse.* Venales sententias, quae in mercedem a corruptis Judicibus proferuntur, etiam citra interpositae provocationis auxilium jam pridem a Divis Principibus infirmas esse decretum est.

[52]) L. 2. D. Quae sent. sine appell. rescind.

[53]) L. 30. D. de fideicom libert *Pufendorf* obs. jur. un. tom 4. obs 11. Abweichende Ansichten hat Leyser spec. 469. med. 5.

[54]) *L. 3. pr. D. Quae sent. sine app. rescind.* Paulus respondit, impossibile praeceptum judicis nullius esse momenti. § 1. *eod.* Idem respondit ab ea sententia, cui pareri rerum natura non potuit, sine causa appellari. L. 185 D. de reg. jur. *Mev.* 3. dec 378. 6. dec. 256.

[55]) Mehlen von der Appellation § 155. 12.

werden [56]). Die Rechtsgelehrten lassen, vermöge derselben Stelle, welche die Regel enthält, in dem Fall eine Ausnahme zu, wenn über den Rechnungsfehler selbst gestritten ist [57]). Diese Ausnahme scheint sehr vernünftig zu seyn, schon, weil zu wünschen ist, daß jeder Streit endlich ein Ziel finde. Allein, wenn man die Stelle selbst betrachtet, wird man bald finden daß sie verwerflich sey. Man muß vielmehr unterscheiden:

a. der Richter, der den vorigen Ausspruch prüfte, hat abermals falsch gerechnet; dann wird auch der neue Ausspruch nicht rechtskräftig.

b. Er hat andere Thatsachen bei seiner Entscheidung zum Grunde gelegt, die, wenn sie gegründet wären, das alte oder neue Facit rechtfertigen würden oder m. a. W. er hat nach anderen Ansätzen, sonst aber richtig, gerechnet; in diesem Fall ist das Urtheil nicht ungültig, sondern nur etwa, wenn nämlich die Ansätze selbst unrichtig waren, ungerecht; es wird rechtskräftig und muß, ehe es dazu kömmt, durch Rechtsmittel angefochten werden, wenn der Verletzte eine Abänderung desselben begehrt [58]). Es bleibt

---

[56]) L. 1. § 1. D. Quae sent. sine app. rescind.

[57]) Danz Grundſ. des ord. Proc. § 423. Note c.

[58]) *L. 1. § 1. D. Quae sent. sine app. rescind.* Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est: veluti si judex ita pronuntiaverit: *Cum constet Titium Sejo ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere: idcirco Lucium Titium Sejo centum condemno:* nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est et citra provocationem corrigitur. Sed et si hujus quaestionis judex sententiam centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et vigintiquinque fieri centum putaverit: adhuc idem error computationis est, nec appellare necesse est: si vero ideo, quoniam et alias species vigintiquinque fuisse dixerit: appellationi locus est.

also dabei, ein eigentlicher *error calculi* wird niemals rechtskräftig.

Nun wüßte ich keine Fälle weiter, die ein Urtheil ungültig machen. In den Schriften der Rechtsgelehrten kommen manche unechte vor. Sie rechnen z. B. alle Urtheile zu den ungültigen, die ex falsa causa gesprochen sind, wie ich schon oben erwähnt habe; sie erklären Urtheile für ungültig, die den Gerechtsamen einer Partei, wie sie in Verträgen, Testamenten u. s. w. unstreitig gegründet sind, zuwiderlaufen [59], eine Meinung, die den Gesetzen offenbar widerspricht, als welche Urtheile, die *contra jus litigatoris* gesprochen sind, von den ungültigen absondern und zu den ungerechten zählen — so daß diese Meinung für einen Ausspruch ein Beispiel abgeben könnte, der contra jus in thesi erlassen ist —; sie zählen diejenigen Urtheile den ungültigen bei, die gegen das Fortbestehen der Ehe oder *contra matrimonium*, ja auch diejenigen, welche *pro matrimonio* mit Unrecht gesprochen sind, Meinungen, die schon J. H. Böhmer beziehungsweise ausführlich widerlegt und mit einem Unterschiede beantwortet hat [60].

II.

Vom Unterschiede zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten.

Ein ungültiges Urtheil ist so gut als gar keins; es bringt keine Wirkungen hervor; es wird nicht rechtskräftig;

59) S. *Pütter* de querelae nullitatis et appellationis conjunctione § 32.

60) *J. H. Boehmer* jus eccl Prot. c. 1. § 41. sq. u. s. w. u. s. w.

es bedarf nicht der Anwendung eines Rechtsmittels und namentlich nicht der Berufung an den höheren Richter. Es bedarf nicht einmal einer Erklärung von Seiten des Richters, wie das erlassene Urtheil ungültig sey, noch eines hierauf gerichteten Antrags von Seiten desjenigen, gegen den es erlassen ist. Von allem dem findet sich im römischen Recht keine Spur. Ohne Zweifel geht die Meinung desselben dahin, wie von einem Urtheil dieser Art, als sey es gar nicht vorhanden, hinwegzusehen sey [1]). Jeder kann klagen oder sich durch Einreden vertheidigen, ohne befürchten zu dürfen, daß sein Gegner die Klage oder Einrede durch die exceptio oder replicatio rei judicatae werde entkräften können [2]). Wenn sich einer der streitenden Theile oder sein Nachfolger auf ein solches Urtheil berufen wollte, z. B. zum Behuf der Vollziehung, so würde der Gegner einwenden, das Urtheil ist ungültig, und der Richter würde auf das Urtheil Rücksicht nehmen oder keine, je nachdem er den Einwand gegründet fände oder nicht. In den neueren europäischen Reichen, nicht bloß in Deutschland, sondern auch in Frankreich, Holland u. s. w. ist indessen der Grundsatz herrschend geworden, daß man auch von einem ungültigen Urtheil an den höheren Richter appelliren könne, wohl gar müsse [3]). (Man nennt das über Nullitae-

[1]) *L. 4. § 6. D. de re jud.* Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat: caeterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit: dicendum est, condemnationis verbum non tenere. L. 58. D. eod. L. 6. D. de feriis. L. 1. C. de sent. et interlocut. L. 4. C. quomodo et quando judex. L. 6. C. quando prov. non est necesse.

[2]) Siehe z. B. L. 1. C. quibus res jud. non nocet.

[3]) *Perez.* ad tit. C. quando provocare non est necesse nr. 7. 8. 9. *Vinn.* ad princ. J. de officio judicis nr. 4. *Voet.* ad tit. Dig. de app. nr. 3.

ten appelliren). Das Letztere ist dem Römischen Recht durchaus entgegen; das Erstere scheint ihm, wenigstens auf den ersten Anblick, nicht zuwider zu seyn. Man hat darnach, wie es scheint, nur nicht nöthig, von einer sententia nulla zu appelliren. Schon die Ueberschrift des hieher gehörigen Titels im Gesetzbuch des Justinian — quando provocare non est *necesse* — scheint dies anzudeuten. Und in den einzelnen legibus unter diesem Titel ist in mehr, als einer Stelle, bloß die Rede davon, wie man auch ohne Hülfe der Appellation gegen ein ungültiges Urtheil geschützt sey; wie das Hülfsmittel der Appellation gegen ein ungültiges Urtheil nicht nothwendig sey; wie in solchen Fällen, da ein Urtheil schon nach dem Gesetz keinen Bestand habe, keine *necessitas appellandi* vorhanden sey; wie ein ungültiges Urtheil auch ohne den Gebrauch der Appellation abgestellt werden (*rescindi*) könne [4]). Es scheint auch ferner, man könne sagen, daß ein Richter, der ein ungültiges Urtheil gegen uns spricht, uns eben dadurch in unseren Gerechtsamen verletze. Die Rechtsgelehrten sagen dies wirklich. Denn sie lehren, daß in jeder *nullitas* ein *gravamen* enthalten sey [5]). Sie stellen sogar das Axiom auf: *Nulla major est iniquitas et injustitia, quam nullitas* [6]). Allein, ich zweifle doch, daß wirklich, nach reinem Römischen Recht, der Gebrauch der Appellation hier überhaupt nur zuläßig gewesen seyn sollte. Daraus, daß es an einigen Stellen heißt, man habe

---

4) L. 1. 2. 4. 5. 7. C. quando provocare non est necesse.

5) *Pütter* de querelae nullitatis et appellationis conjunctione § 50.

6) *Roeding* Pandectae jur. cam. lib. 1. tit. 19. § 44.

nicht nöthig, zu appelliren, folgt noch nicht mit Sicherheit, daß man allenfalls appelliren könne. Vielmehr kann das Unnöthige auch etwas ganz Unnützes und daher Verwerfliches seyn. Dies scheint in einer Stelle Bestätigung zu finden, worin die Appellation als ganz umsonst angewandt bezeichnet, sie als auf einem leeren Wahn beruhend, als *superstitiosa* gescholten und als unnütz ganz bei Seite geschoben wird [7]). Es ist sogar im Gebrauch der Appellation, als eines ordentlichen Rechtsmittels, wenigstens in gewissen Fällen, eine Anerkennung dessen, was ungültig geschehen ist, enthalten. Namentlich, wenn Jemand für einen anderen aufgetreten ist, der keinen Auftrag hatte, also ein falsus procurator war, und das Urtheil gegen den dominus ausgefallen ist, giebt dieser dadurch, daß er ein solches Urtheil, wie ein ungerechtes, durch Hülfe der Appellation, anficht, zu erkennen, daß er die Handlung des falsi procuratoris genehmige [8]). Es ließe sich zwar sehr wohl denken, daß man über ein widerrechtliches Verfahren

---

[7]) *L. 6. C. quando provocare non est necesse.* Cum non eo die, quo Praeses provinciae praecepit, Judex ab eodem datus pronunciaverit, sed ductis diebus alieniore tempore sententiam dedisse proponatur: ne ambages frustra interpositae provocationis ulterius negotium protrahant, Praeses provinciae, superstitiosa appellatione submota, ex integro inter vos cognoscet.

[8]) *L. 3. § 1. D. rem ratam haberi.* Falsus procurator de rato habendo cavit, atque ita dominus a sententia judicis, procuratore victo, provocavit: stipulationis defecisse conditionem apparuit, cum ad auxilium commune superatus confugisset. quod si dominus qui ratum non habuit, pecuniam exegerit: stipulatio de rato committetur in eam pecuniam quam dominus accepit, quamvis nihil procurator acceperit.

bei dem Oberrichter Beschwerde führen könnte; aber es läßt sich nicht als möglich und mit sonstigen Grundsätzen des Römischen Rechts vereinbarlich denken, daß man gegen ein Urtheil, was ungültig ist, ein Rechtsmittel einwenden könnte, welches ein gültiges Urtheil voraussetzt. Denn, wer die Appellation anwendet, will mit Hülfe ihrer bewirken, daß eine sententia iniqua — also ein Urtheil, was nicht ungültig, sondern nur ungerecht ist — wieder aufgehoben wird. Sie ist dem Remedio restitutionis in integrum zu vergleichen, was auch gegen ein ungültiges Rechtsgeschäft nicht Statt findet, sondern ein negotium stricto jure validum voraussetzt. Es kann hier auch von keiner Beschwerde die Rede seyn. Ist es nicht eine contradictio in adjecto, zu sagen, daß einem durch ein ungültiges Urtheil zu nahe geschehen sey? Kann einem wohl durch ein Nichts eine Beschwerde zugefügt werden? In der That, es ist allenfalls nur ein gravamen *futurum*, worüber man sich hier beschweren kann, eine Beschwerde nämlich, die man für die Zukunft besorgt und wogegen man sich im voraus sicher stellen will; wegen eines gravaminis futuri findet aber bekanntlich die Appellation nicht Statt. Ich behaupte damit gar nicht, daß in Fällen der vorliegenden Art eine Wendung an den Oberrichter nicht gut und zweckmäßig seyn sollte; ich finde es nur mit sonstigen Grundsätzen nicht verträglich, wenn man deshalb die Appellation zulassen will.

Auch hat man sich ja schon auf andere Art zu helfen gewußt. Man hat nämlich ein eigenes Rechtsmittel erfunden und die Gesetze haben es bestätigt, welches blos zum Zweck hat, daß ein Urtheil für ungültig erklärt werde. Dies ist die querela nullitatis, welche nicht bloß bei dem

höheren Richter und zwar auch dann angebracht werden kann, wenn die Appellation, z. B. wegen fehlender Appellationssumme, nicht zulässig ist [9]), sondern auch sogar als deductio nullitatis bei demselben Richter. (Der Natur der Sache nach, gehört ein Rechtsmittel, wodurch man sich über den Unterrichter beschwert, ausschließlich an den höheren Richter [10])). Wird sie bei dem höheren Richter angebracht, so kann mit ihr, als dem principaliter anzuwendenden Rechtsmittel, die Appellation subordinate verbunden werden, auf ähnliche Art, wie man ein Rechtsgeschäft als ungültig anficht und in subsidium das remedium restitutionis in integrum damit verbindet. Der streitende Theil begehrt nämlich von dem Richter (in Folge der querela nullitatis), er möge das Urtheil **für ungültig erklären** und (in Folge der mit jener verbundenen Appellation) bittet er

---

[9]) *Mev.* P. 1. dec. 154.

[10]) Man könne, lehrt **Mevius** (a. a. O.), wegen begangener Nullitäten nicht nur die querela nullitatis anstellen, sondern auch über Nullitäten appelliren. **In beiden Fällen** komme es nicht darauf an, ob die Erfordernisse der Appellation vorhanden sind oder nicht. Hingegen lehrt **Pütter** (a. a. O. nr. 1), wenn man über Nullitäten appelliren wolle, müßten auch die Erfordernisse der Appellation vorhanden seyn und müßten die Formalien derselben beobachtet werden. **Pütters** Meinung verdient ohne Zweifel den Vorzug. Indessen lassen beide Meinungen sich dadurch vereinigen, daß man annimmt, wenn Nullitäten begangen sind und appellirt ist und der Oberrichter findet, daß die Erfordernisse der Appellation nicht vorhanden sind, wohl aber Nullitäten, daß er dann von der Appellation wegsieht, als sey sie gar nicht vorhanden, und dem Appellanten auf eben die Art hilft, als hätte er die querela nullitatis angestellt, die man nicht ausdrücklich zu nennen nöthig hat. Dies scheint auch nur die Meinung des

er zugleich in subsidium, der Richter möge das Urtheil als ungerecht wieder aufheben[11]).

Mevius gewesen zu seyn. Dies ist auch der Cammergerichtsordnung P. 2. c. 34. §: Es wäre dann gemäß.

[11]) Ueberhaupt, lehren die Rechtsgelehrten könne man Nullitäten auf doppelte Art zur Sprache bringen I. *per modum actionis* binnen dreißig Jahren und dann entweder a. *incidenter* auf dem Wege der Appellation, ohne der Nullität, oder vielmehr wohl der querela nullitatis, ausdrücklich zu gedenken — wobei sie sich auf L. 41. D. fam. ercisc. berufen — als auf welche der Richter schon ex officio Rücksicht nehmen müsse; — oder b. *principaliter* als querela nullitatis entweder 1. in Verbindung mit der Appellation oder 2. abgesondert für sich, ohne Verbindung mit der Appellation; II. *per modum exceptionis*, indem man dem Sieger, wenn er auf Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils dringt, die Einrede der Ungültigkeit entgegensetzt. *Struv.* syntagma ex. 50. lib. 50. tit. 8 § 18. Die angeführte L. 41. D fam. ercisc. gehört nach meinem Ermessen gar nicht hieher. Die Stelle lautet so: Quaedam mulier ab judice appellaverat, quod diceret, *eum de dividenda hereditate inter se et coheredem, non tantum res, sed (et) libertos divisisse, et alimenta quae dari testator certis libertis jussisset: nullo enim jure id eum fecisse:* Ex diverso respondebatur, *consensisse eos divisioni et multis annis alimenta secundum divisionem praestitisse.* Placuit, standum esse alimentorum praestationi. Sed et illud adjecit, nullam esse libertorum divisionem. Das Urtheil, wovon in dieser Stelle die Rede ist, war im Allgemeinen eben nicht ungültig, sondern es war nur etwas Ungültiges mit darin enthalten. Und auch dieses ward nicht in Folge der Appellation vom Richter für ungültig erklärt, sondern der Rechtsgelehrte erklärt es für ungültig. Das war es in diesem Fall ohne Zweifel, konnte auch niemals gültig werden und ging ohnehin dritte Personen an. Uebrigens ist auch noch ein Unterschied, ob man sagt, der streitende Theil könne von einem ungültigen Urtheil appelliren, oder, der Richter könne, wenn von einem ungerechten Urtheil ap-

Man giebt diesem Rechtsmittel eine Dauer von dreißig Jahren, nach deren Ablauf es nicht weiter zuläßig seyn soll. Man wendet also die Grundsätze von der Verjährung auf ein Rechtsmittel an, gleichsam, als wenn es eine Klage wäre; man beruft sich auf jenes römische Gesetz, welches die Dauer der Klagen der Regel nach auf einen Zeitraum von dreißig Jahren eingeschränkt hat [12]). Aber die Fehler eines Urtheils können durch keine Zeit geheilt werden; ein ungültiges Urtheil bleibt ewig ungültig; man hat nicht einmal nöthig, deshalb Beschwerde zu führen — von einer Klage kann vollends die Rede nicht seyn —; sondern, wie gesagt, wenn bei Gericht das Urtheil zur Sprache kommt und unser Gegner sich darauf beruft, können wir ihm den Einwand entgegensetzen, jenes Urtheil ist ungültig; es hat nur den Schein eines Urtheils und nicht die Kraft eines solchen. Indessen ist jene Meinung in ein Gesetz übergegangen, welches überhaupt für diese Materie von großer Wichtigkeit ist und wir hier aufnehmen wollen. Man würde sich gerne überhoben sehen, ein in solcher Art und Schreibart abgefaßtes, ohnehin so bekanntes und oft angeführtes, Gesetz wörtlich zu wiederholen; aber, wer von Nullitäten handelt, kann es nicht füglich vermeiden. Man muß hier von der Einkleidung wegsehen und bloß den Stoff in Betrachtung ziehen. Das Gesetz lautet also:

„Indeme auch nunmehr von vielen Jahren her mit „vieler Zeitverlierung unnöthiger Dingen vielfältig disputirt „worden, ob sententia nulla oder injusta sich verhalte und

---

pellirt ist, auf Nullitäten Rücksicht nehmen, die darin mit vorkommen.

12) L. 3. C. de praescriptione 30. vel 40. annorum.

„zwar darum allein, daß a sententia nulla in dreißig Jah-
„ren die Klage prosequirt, a sententia iniqua aber intra
„decendium appellirt werden kann und solle, so soll zur
„Verhütung dergleichen unnöthigen Gezänks in allen beiden
„Fällen d. i. a sententia tam nulla, quam iniqua das
„fatale interponendae observiret, darüber auch hinfüro
„bei unserm Kammergericht ståt und festiglich gehalten wer-
„den; bei denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem
„defectum aus der Person des Richters, oder der Parthey
„oder aus den substantialibus des Processes nach sich füh-
„ren, verbleibt es bei der Disposition der gemeinen Rechte [13]).

In Folge dieser Stelle unterscheiden die Rechtsgelehr-
ten zwei Arten von Nullitäten, nämlich heilbare und un-
heilbare und eine doppelte querela nullitatis, *sanabilis*
und *insanabilis*. Sie streiten aber darüber, welche Nulli-
täten heilbar, welche unheilbar, und ob solche, die aus
dem Urtheil selbst hervorgehen, zu den ersteren oder zu den
letzteren zu zählen sind. Pütter rechnet überhaupt diejeni-
gen Nullitäten zu den unheilbaren, welche in wesentlichen
Stücken begangen sind; hingegen heilbare sind diejenigen,
welche außerwesentliche betreffen. Die ersteren verdienen
nach ihm allein den Namen der Nullitäten und es gehören
dahin auch diejenigen, die aus dem Urtheil selbst hervor-
gehen [14]). Es sind nämlich, nach seiner Meinung, dadurch,
daß Nullitäten, welche aus der Person des Richters, den
Personen der streitenden Theile oder Vernachläßigung we-
sentlicher Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens hervor-
gehen, zu den unheilbaren gerechnet sind, andere von dieser

---

13) J. R. A. § 121. 122.

14) *Pütter* de querelae nullitatis et appellationis conjunctione § 23. sq.

Classe nicht ausgeschlossen; man müsse die Zahl derselben nur nicht über die Gebühr ausdehnen [15]). Andere halten sich an die Worte des Gesetzes und schließen solche Nichtigkeiten, die aus dem Urtheil hervorgehen oder, wie sie sagen, merita causae betreffen, von der Zahl der unheilbaren aus [16]). Gönner führt hier alles auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Verzichtleistung zurück. Nach ihm sind heilbare Nichtigkeiten diejenigen, welche durch Verzicht, der im Nichtgebrauch von Rechtsmitteln enthalten ist, geheilt werden können, unheilbare diejenigen, bei denen das Gegentheil Statt findet; — dabei nimmt er jedoch an, daß unheilbare Nichtigkeiten auch aus dem Inhalt des Urtheils selbst — ex meritis causae — entstehen können [17]). — Indessen hatte schon Pütter, gleichsam im voraus, erwiedert: Wenn heilbare Nichtigkeiten diejenigen sind, welche durch Verzichtleistung geheilt werden können, welche bleiben dann als unheilbar übrig? Kann nicht jeder seinem Rechte entsagen und auch wesentliche Mängel, z. B. im gerichtlichen Verfahren, gut heißen? [18])

Jedoch, ich will bei Anführung der Ansichten anderer Rechtslehrer nicht länger ungerne verweilen; an Stelle dessen beschränke ich mich, mit wenig Worten meine eigene Meinung über diese Materie hinzuzufügen. Das Gesetz, dessen Auslegung den Rechtsgelehrten soviel zu schaffen macht, ist für die Wichtigkeit der Materie zu kurz gerathen; es über-

---

[15]) *Pütter* c. l. § 31. sq.

[16]) Mehlen von der Appellation § 154.

[17]) Gönner über die Klage wegen unheilbarer Nichtigkeiten Bd. 3. Abh 64. § 9. folg.

[18]) *Pütter* de querelae null. et appellat. conjunctione § 22. (opuscul. p. 314.)

geht eine Hauptquelle der Nullitäten, das Urtheil selbst, mit Stillschweigen, erwähnt ihrer wenigstens nicht ausdrücklich, wie in diesem Fall doch nöthig gewesen wäre. Welche Nullitäten heilbar, welche unheilbar sind, das kann eigentlich nicht zweifelhaft seyn. Der Jüngste Reichsabschied sagt ja ausdrücklich, daß Mängel an der Person des Richters oder der Parthey oder den Substantialien des Processes unheilbare, die übrigen folglich heilbare sind. Dabei können wir uns schon beruhigen. Will man weiter fragen, woher nun jene Mängel unheilbare, diese heilbare genannt werden, so begnügen wir uns billig mit der Antwort, welche in dem Gesetz selbst angedeutet wird, weil jene durch den Ablauf des *Decendii* nicht geheilt werden, wohl aber diese, und zwar um so mehr, da die ganze Sache von keinem sonderlichen Nutzen zu seyn scheint und die Rechtsgelehrten einen viel zu großen Werth darauf legen. Was dem Rechtsgelehrten hier schwer zu beantworten fällt, das ist, nach meinem Ermessen, einzig und allein die, aber freilich sehr wichtige, Frage, was ist Rechtens in Ansehung derjenigen Nullitäten, deren der Jüngste Reichsabschied nicht ausdrücklich gedenkt, der Nullitäten nämlich, die aus dem Urtheil selbst hervorgehen; sind sie zu den unheilbaren oder zu den heilbaren zu rechnen? Soviel sieht man schon auf den ersten Blick deutlich, in Hinsicht auf das gerichtliche Verfahren bringt nur ein Mangel an den Substantialien des Processes eine unheilbare Nichtigkeit hervor; hingegen die Vernachläßigung von Formalien nur eine heilbare. Man kann zwar auch darüber Beschwerde führen, muß dann aber das Decendium beobachten [19].

[19]) Die Alten lehren, eine nullitas, die bloß daher entsteht,

Es frägt sich also, ob das Gesetz bloß diese zu den heilbaren Nichtigkeiten zählen oder ob es, außer ihnen, auch solche Fälle, da das Urtheil wegen eines Mangels, der in ihm selbst liegt, ungültig ist, von der Classe der unheilbaren Nichtigkeiten ausschließen wollte.

Sieht man auf die Worte des Gesetzes, so muß man der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten beistimmen, welche auch Nullitäten, die aus dem Urtheil selbst hervorgehen, zu den heilbaren rechnen. Das Gesetz stellt als Regel auf, daß „in beiden Fällen, das ist, a sententia tam nulla, „quam iniqua, das fatale interponendae observirt werden", also m. a. W. daß auch ein ungültiges Urtheil, gleich dem ungerechten, die Rechtskraft beschreiten soll, wenn diese durch Einwendung eines Rechtsmittels binnen zehn Tagen nicht gehemmt wird, daß folglich zwischen beiden gar kein Unterschied seyn soll. Von dieser Regel nimmt es sodann diejenigen Nullitäten aus, „welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder „der Parthey oder den substantialibus des Processes nach

daß Fehler im Proceß, jedoch nicht in wesentlichen Bestandtheilen, begangen sind, eine solche nullitas kömmt nicht in Betrachtung, wenn der Richter findet, daß der Partei in der Sache selbst — in meritis causae — nicht zu nahe geschehen sey, der Fehler also der Partei nicht geschadet hat. So bemerkt Mevius (P. 3. dec. 232. nr. 4.) In supremo judicio nullitates illae, quae merita causae non contingunt, non attenduntur, sed haec tantum spectantur et ubi de his constat, illarum nulla habetur ratio. Und gleich hinterher: Sententia etsi ratione ordinis vel solemnitatis processus nulla sit, si qua merita causae justa fuerit, in superiori judicio confirmatur. S. auch Mehlen von der Appellation § 154.

„sich führen“. In Ansehung deren soll es bei der (vermeintlichen) Disposition der gemeinen Rechte verbleiben d. h. (wie aus den vorhergehenden Worten erhellet) es soll derentwegen noch binnen dreißig Jahren eine Klage Statt finden. Niemand wird läugnen, daß auch dasjenige Urtheil sententia *nulla* sey, was an sich selbst ungültig ist, folglich ist ein Urtheil dieser Art auch in der aufgestellten Regel mit enthalten. Da es nun in der hinzugefügten Ausnahme nicht mit ausgenommen ist, was kann klarer seyn, als daß es in Ansehung seiner bei der Regel verbleiben soll? Nullitäten, die aus dem Urtheil selbst, aus der Entscheidung, hervorgehen, liegen sogar demjenigen, der von der sententia nulla spricht, von allen am nächsten; denn sie durchdringen, wenn ich so sagen darf, das Urtheil, während andere ihm nur von seinem Ursprung her ankleben und man erst in die vergangene Zeit zurückgehen muß, um das Urtheil ungültig zu finden. Diese also, wenn sie ausgenommen seyn sollten, hätten vor allen anderen unter den Ausnahmen genannt werden müssen. Daß durch Nennung einiger unheilbaren Nullitäten solche, die aus dem Urtheil selbst hervorgehen, nicht ausgeschlossen seyn sollten, daß hier die Regel Anwendung finde: unius positio non est alterius exclusio, sind Behauptungen, die sich sogleich als offenbar ungegründet darstellen. Nein, auf die Worte des Gesetzes gesehen, giebt es keine andere Nullitäten, unheilbare nämlich oder wirkliche, als solche, die aus Mängeln an der Person des Richters, der streitenden Theile oder den Substantialien des Processes herrühren.

Allein, wenn man das Gesetz so allgemein nimmt, wie die Worte lauten, so muß man auch ein Urtheil für gültig

erklären, dem die wesentlichen Merkmale eines Urtheils fehlen, wodurch z. B. der Richter über etwas, worüber nicht gestritten ist, urtheilt, oder, wodurch er einen bereits, etwa durch außergerichtlich geschlossenen Vergleich, beendigten Streit entscheidet, ingleichen, was nicht gehörig publicirt ist; denn auch Urtheile dieser Art würden unter dem Ausdruck sententia *nulla* begriffen seyn. Zwar, es lassen sich manche Fehler eines Urtheils auf Vernachlässigung wesentlicher Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens zurückführen; aber, es bleiben noch immer viele Fälle übrig und wichtige Fälle, bei denen dies nicht möglich ist, wie gleich in dem ersten Beispiel, oder, wenn ein Urtheil contra jus in thesi oder ex falsa causa oder unter falscher Voraussetzung u. s. w. gesprochen ist, Fälle, von denen es nicht wahrscheinlich ist, daß jenes Gesetz sie mit dem ungerechten Urtheil auf gleichem Fuß behandeln wollte; wäre das die Meinung gewesen, so würde es ihrer wenigstens ausdrücklich gedacht haben. Es scheint vielmehr, daß an Fehler, die in dem Urtheile liegen, und besonders an solche, welche die Sache selbst und deren Entscheidung betreffen, nicht gedacht ward und das Gesetz es nur mit Fehlern und Verstößen gegen die Gesetze und Regeln des gerichtlichen Verfahrens und eine daher abzuleitende Ungültigkeit des Verfahrens zu thun habe. Es läßt eine Ungültigkeit des Urtheils entspringen aus einem Mangel an der Person desjenigen, der das Urtheil gesprochen, sowie aus einem Mangel an den Personen derjenigen, welche den Streit geführt haben; was aber den eigentlichen Gang des gerichtlichen Verfahrens betrifft, unterscheidet es wesentliche und außerwesentliche Bestandtheile, ohne jedoch die letzteren ausdrücklich zu benennen — in Verhandlungen, die

dem Gesetz vorhergingen, werden beide, nach einer, auch von Gönner bereits gemachten Bemerkung, mit einem anderen und erläuternden Ausdruck als „*nullitates juris naturalis* und *positivi*" einander entgegengesetzt [20]) — nur wegen Vernachläßigung wesentlicher Bestandtheile läßt es die querela nullitatis noch binnen dreißig Jahren zu; sind aber nur *solemnia* vernachläßigt, dann soll man das Urtheil binnen der gewöhnlichen Frist anfechten. Im Grunde ist durch Aufstellung dieses Unterschiedes der Grundsatz ausgesprochen, daß Fehler in außerwesentlichen Bestandtheilen — also, die nicht die Person des Richters, nicht die Personen der streitenden Theile, nicht die substantialia processus betreffen — daß solche Fehler das Urtheil und folglich auch das Verfahren, worauf das Urtheil gebauet ist, nicht ungültig machen; wohl aber, daß man darüber Beschwerde führen kann und daß sie (nöthigenfalls) zu verbessern sind. Daß der Reichsabschied nicht in Hinsicht auf das Urtheil selbst, sondern nur in Hinsicht auf den vorhergehenden modus procedendi den Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Mängeln aufstellen wollte, erhellet besonders auch aus der Geschichte der Gesetzgebung über diesen Punct [21]) und namentlich aus dem Project vom November 1653 [22]). Denn hier wird ausdrücklich gesagt: es solle a sententia nulla appellirt werden; dies solle jedoch nur gelten „*quoad nullitates ex formalitate et subtilitate processus resultantes*". Dabei wird hinzugesetzt: „Soviel

---

[20]) Gönner a. a. O. § 7.

[21]) Decisiones Trib. Cass. tom. 1. p. 497. sq.

[22]) Dessen hieher gehörige Worte die Decisiones Tribunalis Casselani tom 1. p. 499. und Gönner a. a. O. § 5. anführen.

„aber diejenigen nullitates betrifft, welche insanabilem de-„fectum ex persona judicis, aut partium oder ex sub-„stantialibus processus haben, bleibt es bei dem jure com-„muni". Besonders war auch in dem Kaiserlicher Majestät übergebenen Reichsgutachten vom 10. bis 20. Dec. 1653 ausdrücklich nur davon die Rede, wie das „*Decendium tam a sententia injusta, quam a sententia nulla*" zu beobachten sey, wann die *nullitas ex formalitate et subtilitate processus* herfließe und in der hierauf erlassenen Resolution ließen Kaiserliche Majestät der Stände Meinung sich (ohne irgend eine Aenderung oder Einschränkung oder Erweiterung) allergnädigst wolgefallen[23]. Es ist nur Schade, daß in den Reichsabschied selbst jener beschränkende Zusatz nicht mit aufgenommen ist[24].

Auch die alten Rechtsgelehrten, wenn sie von dem Unterschiede zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten reden, lassen Fehler, die in dem Urtheil selbst liegen und es ungültig machen, ganz bei Seite und beziehen jenen Unterschied bloß auf das gerichtliche Verfahren[25].

---

[23]) Auch die hieher gehörige Stelle führen an die Dec. Trib. Casselani c. 1 p. 499 — 500.

[24]) Für ein bloßes Kanzleiversehen erklären dies die angeführten Decisiones Trib. Cass. p. 500.

[25]) So bemerkt Neurodes (Samuel Lenz): Sanabilis nullitas wird genennet, wenn etwas in dem Proceß ist versehen worden, z. E. wenn das juramentum calumniae nicht abgeleget; wenn der Gegentheil nicht ad videndum jurare testes et danda interrogatoria, oder auch zur Eröffnung des Zeugnißrotuli, zur Inrotulation der Acten und Publicirung des Urtheils ist vorgeladen worden: wenn die Citation nicht einen gehörigen Termin in sich hält: wenn der Richter nach dem Schluß der Sachen von einer Parthey annoch etwas Neues an-

Wir sehen also, gleichwie ein Urtheil aus Mängeln an der Person des Richters, den Personen der streitenden Theile, den Substantialien des Processes, also kann es auch an sich selbst und in dieser Hinsicht grade am ersten ungültig, oder, was einerlei ist, unheilbar ungültig seyn. (Der Zusatz unheilbar vermehrt die Ungültigkeit nicht, er dient im

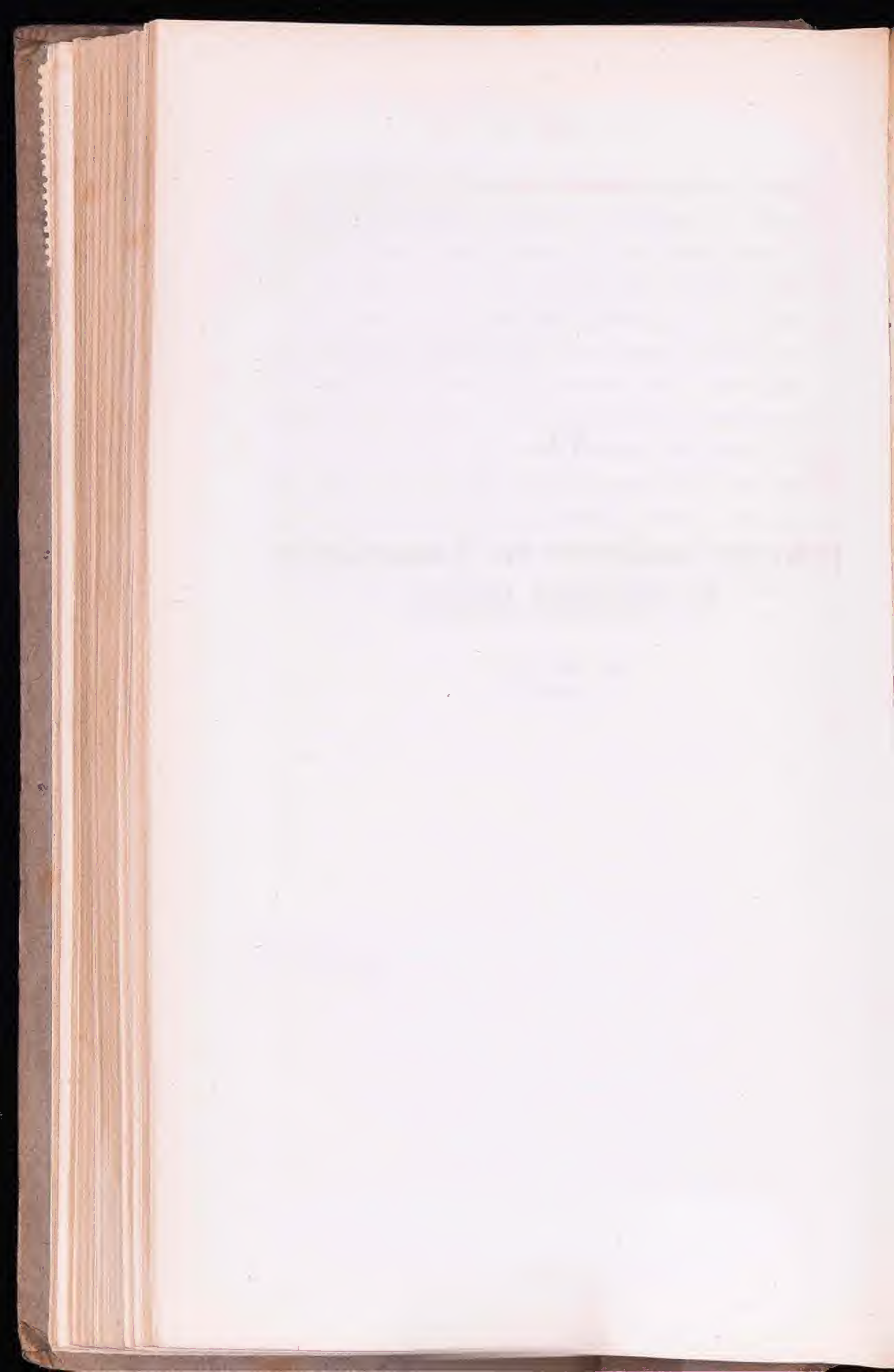
genommen: wenn er die Acten an eine Juristenfacultät verschicket, wowider doch excipirt worden u. s. w. Neurodes Erläuterung des jüngsten Reichsabschiedes Anm. 258. § 5. Ferner J. H. Böhmer (Jus eccles. Prot. lib. 2. tit. 27. § 34.) — Sicuti in omni processu tam ratione substantialium, quam solemnium multa cautione opus est, ne ex tot ambagibus, quae circa processum occurrunt, aliquid omittatur vel intervertatur; ita modi, quibus nullitas committi potest, sunt infiniti, quos plena manu detexit *Blasius Altimarus* de nullit sentent. Ex quo fluit, nihil facilius esse, quam effectum rei judicatae sententiis subtrahere, utpote quibus nullitates defectusque facili negotio imputari possunt, quo ipso tamen revera lites ex litibus moventur et immortales pene fiunt contra legislatorum intentionem. Ad hoc malum avertendum introducta est in R. J. de anno 1654. § 121 sq distinctio inter nullitatem sanabilem et insanabilem, ita ut, illa non obstante, sententia in rem judicatam transeat: non vero hac. Oritur insanabilis nullitas vel ex persona judicis, si judex esset bannitus, jurisdictione omni destitutus, vel alias a judicando remotus: vel ex persona litigantium, si non habeant personam standi in judicio, vel alias sese legitimare ad causam nequeant: vel ex defectu substantialium, ut si citatio, litiscontestatio, probatioque deficiat etc. Quando vero tantum defectus est in meris solemnibus, quae variant, nullitas sanabilis; utut enim solemnia processui, melioris ordinis servandi gratia praescripta, non sint negligenda, cum tamen absolute ad processum non requirantur, sed in quibusdam locis vel aliter sese habeant, vel plane omissa reperiantur, imo sine eis veritas indagari et haberi possit, ut ne quidem in causis summariis attendi debeant. per clem. Saepe de V. S. defectus hic sanabilis dictus est etc.

Grunde nur, der Rede mehr Gewicht zu geben; er erschreckt das Ohr des Hörers, besonders des Richters.). Nur, was die vom Gesetz vorgeschriebene Art der Publication betrifft, die ich hier mit zu den Fehlern des Urtheils selbst gerechnet habe und die auch dazu gehört, da ein Urtheil und ein publicirtes Urtheil nicht von einander verschieden sind, so dürfte deren Vernachlässigung, da alles, was dahin gerechnet werden kann, zu den solemnibus processus gehört, unter die Categorie der s. g. heilbaren Nichtigkeiten fallen. Es würde also in dieser Hinsicht genug seyn, um das Urtheil aufrecht zu erhalten, daß geschehen wäre, was zur Publication nothwendig ist und die mögliche Ungültigkeit des Urtheils sich hauptsächlich auf den Inhalt beschränken.

VI.

Ueber die Zulässigkeit der Compensation bei dinglichen Klagen.

(Im Mai 1829.)



Bekanntlich verordnet Justinianus, nicht bloß bei persönlichen, sondern auch bei dinglichen Klagen soll Compensation ipso jure Statt finden. Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda [1]. Eigentlich setzt der Kaiser als eine bekannte Sache voraus, daß die Compensation bei dinglichen Klagen so gut, wie bei persönlichen, möglich sey. Dies will er nicht anordnen, sondern nur, daß die Compensation ohne Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Klagen *ipso jure* geschehen soll. Indessen erfährt man bei dieser Gelegenheit, was man sonst, soviel ich weiß, nirgends liest, daß die Compensation auch gegen dingliche Klagen Statt finde [2].

---

[1]) L. ult. pr. C. de compensat.

[2]) Ursprünglich geschah die Compensation ipso jure nur bei den actionibus bonae fidei, hingegen bei den actionibus stricti juris geschahe sie ope exceptionis, nämlich *doli*. § 30. J. de act. Späterhin ward der Grundsatz herrschend, daß die Compensation in allen Fällen ipso jure geschieht. Dies geschah schon vor Justinian. L. 21. D. L. 4. C. de comp. Justinian bestätigte diesen Grundsatz und bestimmte, daß die Compensation in allen Fällen ipso jure geschehen und auch zwischen persönlichen und dinglichen Klagen in dieser Hinsicht kein Unterschied

Anfänglich stutzt man und weiß nicht, wie dies möglich seyn kann und wie man die Lehre des Justinianus mit allgemeinen, von der Compensation geltenden, Grundsätzen, wornach keine Species gegen eine Quantitas, sondern nur eine Quantitas (fungibler Sachen) gegen eine andere von derselben Art, und allenfalls ein Genus gegen ein anderes von derselben Art aufgerechnet werden kann, vereinigen soll. Durch dingliche Klagen verfolgt man Individuen; wie ist es möglich, daß ein Beklagter gegen eine solche Klage eine Gegenforderung in Abrechnung bringen kann, die auf eine Quantität gerichtet ist? Kann man auch von körperlichen Sachen etwas Unkörperliches abziehen? Doch die Ausleger helfen einem bald aus der Verlegenheit. Man muß, sagen sie und sagen es mit gutem Muth den Glossographen nach, man muß voraussetzen, daß die termini habiles nicht fehlen, daß die Erfordernisse der Compensation vorhanden sind und folglich, wenn mit einer dinglichen Klage geklagt wird, daß nicht die Sache selbst, sondern *aestimatio rei* gefordert wird. Es würde hiernach Compensation möglich seyn, wenn die Sache selbst nicht mehr geleistet werden kann und an die Stelle der ursprünglichen Verbindlichkeit, die Sache herauszugeben, in subsidium die andere Verbindlichkeit tritt, den Werth derselben zu entrichten, oder überhaupt den

seyn solle. L. ult. C. de comp Im § 30. J. de act. wird die Sache so dargestellt, daß man, wenn man nicht anderswoher es besser wüßte, auf den Gedanken gerathen könnte, als rühre überhaupt das Hinwegfallen des Unterschiedes zwischen der Compensation, welche *ipso jure* und derjenigen, welche *ope exceptionis* geschieht, von Justinian her. Es ist dies auch schon von anderen gerügt. Glück Erl. der π. Theil 15. § 934.

den Kläger dafür zu entschädigen, daß ihm die Sache selbst nicht geleistet wird. Allein, den Rechtsgelehrten ist diesmal etwas begegnet, was ihnen nicht ganz selten begegnen soll; sie haben gerathen und es nicht getroffen. Die Sache hat eine andere Bewandniß. Es ist zwar eine Compensation auf die *aestimatio rei* möglich, aber daran dachte Justinian schwerlich, als er den Satz aufstellte, daß auch bei dinglichen Klagen Compensation Statt finden, oder vielmehr, sie auch bei diesen ipso jure geschehen solle [3]. Ich selbst würde in diesem Fall vielleicht wie die große Menge gedacht, oder vielmehr, mich bei jener Lehre beruhigt haben, wenn mich nicht ein alter Französischer Rechtsgelehrter, Petrus Bellojus von Toulouse, wiewohl es ihm selbst nicht gelungen ist, das Räthsel zu lösen, auf die Falschheit der gemeinen Lehre aufmerksam gemacht und mich dadurch veranlaßt hätte, der Sache weiter nachzudenken.

Jener lehrt, es sey nicht wahrscheinlich, daß Justinian eine Klage actio in rem genannt haben werde, womit nicht die Sache selbst, sondern die aestimatio rei gefordert wird. Es könne aber ein redlicher Besitzer Ersatz seiner Verwendungen fordern; es stehe ihm derentwegen zwar keine Klage zu, denn als redlicher Besitzer habe er nicht die Absicht gehabt, als er sie aufwandte, einen anderen, den wahren Eigenthümer, zum Ersatz zu verpflichten [4]; wohl aber eine

[3]) *P. Bellojus* de compensationibus (Thesaur. Meermann tom 4. p. 731. 732. verbis: Secundo objicit etc.)

[4]) *L. 14. §. 1. D. Communi dividundo.* Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo judicio mecum agetur, aequitate ipsius judi-

Einrede, die exceptio doli [5]). Nun verordne Justinian, daß auch bei dinglichen Klagen die Compensation ipso jure Statt finden solle. Damit wolle der Kaiser sagen, daß es nicht mehr der exceptio doli bedürfe, sondern, gleichwie schon vor ihm bei den actionibus bonae fidei, also solle auch bei den actionibus stricti juris die Compensation ipso jure eintreten und ebenso solle auch bei dinglichen Klagen die Gegenforderung des Beklagten wegen der nothwendigen Verwendungen die Klage des Klägers ipso jure vermindern. Es solle hier also ebenso seyn, wie beim Dos, wovon Ul-

cii retinere possim, considerandum est. Quod quidem magis puto: quia bonae fidei judicium est communi dividundo: sed hoc ita, si mecum agatur. Caeterum si alienavero partem meam, non erit unde retinere possim. Sed is, qui a me emerit, an retinere possit, videndum est: nam (et) si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita, ut ego, poterat retentionem facere? et verius est, ut et in hac specie expensae retineantur. Quae cum ita sint, rectissime dicitur, etiam impendiorum nomine utile judicium dari debere mihi in socium, etiam manente rei communione. Diversum est enim, cum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena, aut communis: hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo: quia neminem mihi obligare volui. At cum puto rem Titii esse, quae sit Maevii, aut esse mihi communem cum alio, quam est: id ago, ut alium mihi obligem: et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum, cujus negotia curavi, cum putarem alterius ea esse, ita et in proposito. Igitur et si abalienavero praedium, quia in ea causa fuit, ut mihi actio dari deberet, danda mihi erit (ut Julianus quoque scribit) negotiorum gestorum actio.

[5]) z. B. *L. 14. D. de doli mali et metus exc.* Paulus respondit eum, qui in alieno solo aedificium exstruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam possideat et ab eo dominus soli rem vindicet: scilicet opposita doli mali exceptione.

pian lehrt, durch nothwendige Verwendungen des Mannes wird der Dos ipso jure vermindert. [6]) Der Kläger mache sich daher einer Zuvielforderung schuldig, wenn er seine Sache vom Beklagten fordere, ohne der Vergütung für die Verwendungen zu gedenken.

Die erste Bemerkung, die Bellojus macht, führt mich auf folgende Betrachtungen. Eine Klage, die bloß auf aestimatio rei gerichtet wäre, welche die Stelle einer untergegangenen species vertreten soll, scheint unrömisch und, wenn von einer dinglichen Klage die Rede ist, sogar ungereimt zu seyn. Unter einer dinglichen kann man sich nur eine Klage denken, die auf etwas Individuelles gerichtet ist, da doch die aestimatio rei aus einer Quantität fungibler Sachen besteht. Selbst dann kann eine ursprünglich bloß auf aestimatio rei gerichtete dingliche Klage schwerlich vorkommen, wenn Jemand schon vor dem Anfang des Processes, nach der Kunstsprache des Römischen Rechts, durch

---

[6]) Bellojus beruft sich nämlich hier auf den Ausspruch des Ulpianus in *L. 5. pr. D. de impensis in rem dotalem factis*. Quod dicitur, *necessarias impensas dotem minuere*, sic erit accipiendum (ut et Pomponius ait), non ut ipsae res corporaliter deminuantur, utputa fundus, vel quodcunque aliud corpus: etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam: caeterum haec res faciet desinere esse fundum dotalem vel partem ejus: manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat: non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso jure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint; caeterum si extrinsecus, non imminuent dotem.

Dolus aufgehört hat, zu besitzen — welches entweder durch Veräußern oder durch Zerstören geschehen kann — [7]). In Fällen dieser Art ist der Beklagte nach Grundsätzen des Römischen Rechts fortwährend als Besitzer anzusehen; es gilt die Regel: *Dolus pro possessione est*, und grade so, als besäße er noch, kann er dann auch mit einer actio in rem belangt werden. Daß die Klage in diesem Fall actio in rem sey, daran kann gar nicht gezweifelt werden [8]). In Fällen dieser Art wird daher auch die Sache selbst als der Gegenstand des Begehrens in der Klage zu bezeichnen seyn und, wenn der Kläger überhaupt des Untergangs der Sache erwähnen und es nicht lieber erwarten will, daß der Beklagte diesen Umstand zu seiner Vertheidigung anführt, so wird er nur etwa nebenher der aestimatio rei als einer solchen gedenken, an die Stelle der Sache selbst, nunmehr in subsidium zu leisten seyn werde, welches dann eigentlich eine anticipirte Replick seyn würde [9]). In anderen Fällen, da nämlich die Sache zu Anfange

---

[7]) Meine Lehre vom Eigenthum § 43. Note 5.

[8]) Also lehrt Paulus L. 27. § 3. D. de rei vind. *Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione*; idque ex SCto colligi potest, quo cautum est, ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat.

[9]) Selbst in solchen Fällen, da der Kläger vermöge eines Contracts oder ähnlichen Verhältnisses ein Individuum zu fordern berechtigt ist, kann er, wenn dieses durch Schuld des Beklagten nicht mehr geleistet werden kann, noch immer seine Klage auf Auslieferung des Individui richten, wenn es auch nicht mehr in der Natur vorhanden ist, um auf diese Art etwas Gleichgeltendes, den Preis der Sache, zu erlangen, zu dessen Entrichtung die Verbindlichkeit in der ursprünglich übernommenen verborgen mit enthalten war. L. 91. § 5 6. D. de Verb. Obl. L. 23. D. de const. pec.

des Processes noch bei dem Beklagten vorhanden ist, versteht es sich von selbst, wie die Klage und das richterliche Urtheil auf Herausgabe der Sache zu richten sey und erst, wenn es zur Vollziehung kommt, oder, wenigstens bloß in subsidium, muß der Kläger sich begnügen, wenn der Beklagte, unfähig die Sache selbst herauszugeben, an deren Statt, vorausgesetzt, daß er nach Bewandniß der Sache überhaupt dazu verbunden ist, die aestimatio rei vergütet. [10]). Nach römischem Recht findet zum Behuf der Vollziehung bekanntlich eine eigene Klage Statt, die actio rei judicatae; diese findet auch bei Verurtheilungen auf eine angestellte actio in rem Statt [11]) und selbst gegen die actio rei judicatae kann der Beklagte, nach römischem Proceß, sich noch dadurch schützen, daß er sich auf die ipso jure eingetretene Compensation beruft [12]). Da diese Klage, die ursprünglich ex contractu — nämlich aus Novation, welche durch Stipulation, bei der Litiscontestation, geschieht — sich herschreibt, ohne Zweifel zu den persönlichen gehört, so scheint dieser Umstand noch mehr, wie der von Bellojus angeführte, es zweifelhaft zu machen, ob Justinian, als er den Satz aufstellte, Compensation solle so gut bei den dinglichen Klagen *ipso jure* eintreten, wie bei persönlichen, an die bei ersteren in subsidium zu leistende aestimatio rei gedacht habe.

Was nun die eigene Erklärung betrifft, die Bellojus über den Sinn jener Stelle giebt, so scheint sie und beson-

---

[10]) L. 68. D. de rei vind.

[11]) *Voet.* ad tit. Dig. de re judicata § 30.

[12]) *L. 2. C. de compensationibus.* Ex causa quidem judicati (si debitum) solum repeti non potest, ea propter nec compensatio ejus admitti potest. Eum vero, qui judicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse nemini dubium est.

ders scheint die Erinnerung an den Dos und die Rechtsgrundsätze über die Verwendungen auf den Dos ein glücklicher Gedanke zu seyn. Diese Verwendungen, wenn es impensae necessariae sind, vermindern, wie bekannt und bereits von Bellojus selbst bemerkt ist, den Dos ipso jure. Es fragt sich, wie dies zu verstehen sey. Nicht so, als finde nur Abrechnung Statt, insofern der Dos in Gelde besteht oder Geld, statt Dotalsachen, als aestimatio rei zu erlegen ist, obwohl Voet [13]) die Sache so darstellt. Es bezieht sich überhaupt jenes Vermindern des Dos, welches ipso jure geschieht, nicht auf die einzelnen und körperlichen Sachen, woraus der Dos besteht, sondern auf den Dos im Ganzen, auf den Dos als eine universitas rerum, oder, wenn ich mich so ausdrücken und den Philosophen einen Ausdruck abborgen darf, nicht auf den Dos als Phänomenon, sondern als Noumenon. Denn also lehrt derselbe Rechtsgelehrte, der jenen Rechtssatz, daß die Verwendungen, die nothwendigen, den Dos ipso jure vermindern, aufstellt, nämlich Ulpian, am anderem Ort:

Impensae autem ipso jure dotem minuunt: sed quod diximus ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum. [14]).

Man muß hier, wenn man jenen Grundsatz aufstellt, für das Erste von den einzelnen Sachen, aus denen der Brautschatz besteht, wegsehen und vor der Hand nur an eine Mehrheit von Sachen oder an die Summe des Werths der Dotalsachen und an eine Quantitas denken. Soviel die

---

[13]) ad tit. Dig. de impensis in rem dot. factis § 1.

[14]) L. 1. § 4. D. de dote praelegata.

nothwendigen Verwendungen betragen, um so viel vermindert sich diese Quantitas, und wer den Brautschatz zu fordern hat, der hat, wenn nothwendige Verwendungen darauf gemacht sind, um so viel weniger als Brautschatz zu fordern. Hingegen die einzelnen körperlichen Sachen können, der Natur der Sache nach, nicht vermindert werden; bei ihnen findet kein Abzug Statt; daher kann jener Grundsatz hier nicht so geradezu oder wörtlich angewandt werden; indessen wird er doch auf sie angewandt; sonst hätte er gar keine Bedeutung. Sie machen am Ende doch das Object aus, worauf er angewandt werden soll. Nur wenn der Dos in Gelde besteht oder Geld darunter enthalten ist, nur dann ist ein Davonnehmen, eine Verminderung möglich; und dann findet eine gewöhnliche Abrechnung Statt und die wechselseitigen Forderungen heben sich in totum oder in tantum auf. Besteht er aus anderen Sachen, so findet zwar, weil dies nach der Natur der Sache nicht geschehen kann, wie gesagt, keine Verminderung, kein Abzug Statt; aber statt dessen hören sie, in Folge jenes Grundsatzes: *Impensae ipso jure dotem minuunt*, auf, Dotalsachen zu seyn, und zwar ganz oder zum Theil; ganz, wenn der Betrag der (durch Dotalgeld nicht aufgewogenen) Verwendungen dem Werth der Sachen wenigstens gleich kömmt; zum Theil, nämlich pro parte indefinita, wenn sie ihn nicht erreichen; und die Frau hat daher keine Dotalsachen oder in einer verminderten Größe zu fordern. Bezahlt die Frau die Verwendungen, so ist es nicht etwa so anzusehen, als wäre der Dos in seiner ursprünglichen Größe unverändert geblieben; nein, der ipso jure verminderte Dos wächst wieder zu seiner vorigen Größe hinan. War daher ein Grundstück zum Brautschatz gegeben und die Verwendungen be-

tragen so viel, als der Werth desselben, so verliert die Frau das Eigenthum des Grundstücks; doch hat sie intra annum ein Recht, durch Bezahlung der Verwendungen, das Grundstück wieder einzulösen; und der Mann darf es immittelst nicht veräußern. In anderen Fällen muß er sich begnügen, die Dotalsachen z. B. das Grundstück, der Frau einstweilen vorzuenthalten; er hat nicht nöthig, den Dos aus den Händen zu geben, bis er befriedigt ist. Und das wird nun der gewöhnliche Fall seyn, nämlich, daß der Mann, wenn er nicht etwa baares Geld empfangen oder baares Geld zu vergüten hat — z. B. für venditionis gratia in Anschlag gebrachte Sachen, bei welchen der Preis den Brautschatz ausmacht — in welchen Fällen Abrechnung Statt findet, sich, ungeachtet jenes Grundsatzes, der ihm dann nur etwa in Gedanken, in der Wirklichkeit aber nicht zu Gute kömmt, mit bloßem Vorenthalten wird begnügen müßen. [15]). Auch gewährt ihm das Vermindern des Braut-

---

[15]) Ich habe hier den Inhalt der hieher gehörigen Gesetzstellen, besonders zweier Stellen, die mit einander im Widerspruch zu stehen scheinen, von denen die eine von Ulpian, die andere von Paulus herrührt, wiederzugeben und zu erläutern gesucht. Ich glaube, daß ich den Sinn der römischen Rechtsgelehrten über diesen Punct nicht verfehlt und ihn so treu, als möglich, dargestellt habe. Doch kann ich mich hier, wo der Dos und die Verwendungen auf ihn nur nebenher zur Sprache kommen, nicht dabei aufhalten, dies weiter auseinanderzusetzen. Jene Stellen lauten folgendermaßen: 1. *L. 5. pr. D. de impensis in rem dot. factis. Ulpianus.* Quod dicitur: *necessarias impensas dotem minuere,* sic erit accipiendum (ut et Pomponius ait), non ut ipsae res corporaliter deminuantur, utputa fundus, vel quodcunque aliud corpus: etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam: caeterum haec res faciet desinere esse fundum dotalem vel partem ejus: manebit igitur

schatzes, welches ipso jure geschieht, den Vortheil, wenn er Geld aus den Händen gegeben, ohne sich wegen seiner Ver-

maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat; non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso jure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint: caeterum, si extrinsecus, non imminuent dotem. *§ 1. eod.* Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit: utrum dos crescat, an vero dicimus, ex integro videri dotem? Et ego, ubi pecunia est, non dubito dotem videri crevisse. 2. *L. 56. § ult. D. de jure dotium Paulus.* Quod dicitur, *necessarias impensas ipso jure dotem minuere:* non eo pertinet, ut si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse: sed nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scaevola Noster dicebat: nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia et fundus in dote sint, et necessariae impensae in fundum factae, Nerva ait, dotem pecuniariam minui. Quid ergo, si mulier impensas marito solverit: utrum crescet dos, an ex integro data videbitur? Cujus rei manifestior iniquitas in fundo est secundum Scaevolae Nostri sententiam: nam si desinit dotalis esse, poterit alienari: rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? an jam pecunia in dote esse videbitur? et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur. — Ulpian und Paulus stimmen völlig mit einander überein. Das Einzige könnte zweifelhaft scheinen, ob sie nicht in Hinsicht auf das Aufhören des Brautschatzes, als Brautschatzes, von einander abweichen. Ulpian lehrt, er höre auf, bald ganz, bald zum Theil, und Paulus scheint zu lehren, er höre auch nicht einmal zum Theil auf, fundus dotalis zu seyn. Allein, weiterhin trägt Paulus die Meinung des Scävola vor, wornach der fundus dotalis aufhört, ein solcher zu seyn, wenn der Mann nach und nach soviel an nothwendigen Kosten darauf ver-

bungen bezahlt zu machen, (S. die Note 6.) daß er mit der condictio (indebiti) so viel, wie der Aufwand grade

---

wandt hat, als er werth ist, und diese Meinung verwirft Paulus nicht, billigt sie in den Schlußworten vielmehr; und daher könnte der Widerspruch bloß darin liegen, daß nach Paulus der fundus dotalis unter gewissen Umständen zwar ganz aufhört fundus dotalis zu seyn, aber niemals theilweise. Dieser Widerspruch liegt aber bloß in den Worten; denn, wenn der Aufwand den Werth des Grundstücks nicht erreicht, so kommen beide, Ulpian und Paulus, darin überein, daß der Mann bloß ein Retentionsrecht daran hat; wobei es dann ziemlich gleichgültig seyn kann, ob man ein partielles (und dabei ideelles) Aufhören des fundus dotalis, als eines solchen, dabei zum Grunde legt oder nicht. Es kann aber auch seyn, daß, während Ulpianus von einer pars *indefinita* redet, Paulus von einem bestimmten Theil, von einer pars fundi *definita* spricht, als wollte er sagen, kein bestimmter Theil des fundi dotalis hört deshalb auf, dotalis zu seyn, weil nothwendige Kosten darauf verwandt sind. So versteht ihn Majansius; mir scheint er allgemein zu reden. Uebrigens hat Majansius diese Materie mit großer Sorgfalt und Genauigkeit und überhaupt sehr gut abgehandelt. *Majansius* disputationes juris, tom. 1. disp. 28. § 6. sq. Was er darüber sagt, gefällt mir besser, als was Best darüber hat, den die Rechtsgelehrten hier allein anzuführen pflegen. *Best* conjecturae ex jure civili cap. 1. (*Oelrichs* thesaurus jur. civ. vol. 1. p. 197 sq.) Best hat gerade über den Hauptpunct den Paulus nicht verstanden und ihn ganz falsch erklärt. Ich kann mich nicht enthalten, gleich den Anfang des Majansius hier einzurücken: Hic ego quaero, an quis existimet, tantam esse potestatem juris, ut efficere possit, singula corpora absque ullo facto re vera deminui; an vero ex iis tanto minus deberi, quanto majus est debitum? Credo prius illud nemini in mentem venturum. Eodem igitur pacto, quo minui peculium dicitur ipso jure, debet dici dos. Dici potest ad summum (et vero dicitur) dotalem summam pecuniae ipso jure minui: etenim hoc nihil est aliud, quam ut multo pauciores nummi considerentur debere in restitutionem venire. Re-

beträgt, als zuviel weggegeben wiederfordern kann [16]. Ist nicht zuviel an Gelde, sondern sind Sachen anderer Art weggegeben, woran er sich hätte halten können; dann würde er nur vermittelst einer condictio *incerti* zu dem widerrechtlich abgetretenen Besitz wieder gelangen können. (Dies letztere Mittel, wo es anwendbar, würde wohl auch schon aus dem bloßen unterlassenen Gebrauch der exceptio doli folgen.)

Ich komme wieder auf Bellojus zurück. Das, worin dieser Schriftsteller die Bestätigung seiner Theorie findet, sind die Schlußworte des Justinian in jener L. ult. C. de compensationibus:

Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.

Vermöge dieser Stelle, bemerkt Bellojus, steht jenes beneficium nur dem redlichen Besitzer zu, nicht dem unredlichen; denn der possessor malae fidei hat nicht das Recht, seiner Verwendungen wegen, dem Eigenthümer die Sache vorzuenthalten; er muß die Sache dem Eigenthümer auf der Stelle herausgeben und seiner Verwendungen wegen

---

rum natura patitur, ut intellectu nostro, ac potestate juris aliqua summa decrescat: non vero patitur, ut Tusculanus fundus juris potestate sola decrescat. Pati potest, ut totus fundus non debeatur, cum tantum impensum est, quanti ipse est: id vero jam jubet jus. Ergo fit per jus, quod fieri potest: quod vero nequit, non fit. Haec si Jurisconsulti voluerint dicere, non erit cur fluctus excitentur in simpulo.

[16]) *L. 5. D. de impensis in res dotales factis.* Si dos tota soluta sit non habita ratione impensarum: videndum est, an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet. Et Marcellus admittit, condictioni esse locum: sed etsi plerique negent, tamen, propter aequitatem, Marcelli sententia admittenda est.

besonders klagen; eine solche Klage steht ihm jedoch nur zu, wenn diese Verwendungen zu den impensis *necessariis* gehören.

Allein, die ganze Theorie des Bellojus scheint unhaltbar zu seyn und nebenher maches Unrichtige zu enthalten. Man sieht an diesem Beispiel, daß bei allem Anschein von Gründlichkeit auch den Alten nicht immer zu trauen sey, so ein ehrwürdiges Ansehen ihnen auch der Abstand der Zeit, die Menge der Gesetzstellen, die sie für jeden Satz anführen und mit deren Nachschlagen sie dem Leser oft unnöthige Mühe machen, der Gebrauch der lateinischen Sprache, das Folioformat und die Gesellschaft anderer, in großen Sammlungen mit ihnen vereinigter, Schriftsteller verleihen mag. Der Ausdruck: die Compensation geschieht auch bei dinglichen Klagen ipso jure, hat hier, nach meinem Ermessen, ganz die gewöhnliche Bedeutung. Die beiden Forderungen, sobald sie gegeneinander begründet sind, heben einander auf; es bedarf zu diesem Ende der Entgegensetzung einer Einrede nicht; die Tilgung geschieht durch das Gesetz selbst; die eine Schuld vernichtet die andere, so daß der eine gegen den anderen gar nicht mehr klagen kann — ebenso wenig, wie sonst ein befriedigter Gläubiger — sondern nur soviel kann er noch einklagen, als nach Abzug der Gegenforderung übrig bleibt [17]). Das ist auch hier unter der Compensation, welche ipso jure geschieht, zu verstehen, wie sich hernach zeigen wird. Unrichtig ist 1. daß nur der redliche Besitzer Ersatz für Verwendungen fordern könne. Für Verwendungen gewisser Art kann auch der unredliche Ersatz begehren. Der redliche fordert Ersatz für nothwendige und im Allgemei-

---

[17]) L. 4. D. de comp.

[18]) L. 5. C. de rei vind. L. 27.

nen auch für nützliche Ausgaben Der unredliche nur für nothwendige[18]). 2., Auf den Ersatz dieser Ausgaben kann keiner von beiden klagen, wenigstens nicht gradezu. Was sollte das auch für eine Klage seyn, da beide keinen Auftrag dazu hatten, beide auch die Ausgaben für sich selbst aufgewandt haben und keiner von ihnen die Absicht hatte, den Eigenthümer zum Ersatz zu verpflichten. Beiden steht bloß eine Einrede zu, die exceptio doli, vermöge deren sie dem Eigenthümer die Sache solange vorenthalten dürfen, bis er ihnen, dem einen die nothwendigen und nützlichen, dem anderen wenigstens die nothwendigen Ausgaben vergütet hat.[19]) Es heißt zwar in der L. 5. C. de rei vind. — Ejus autem, quod impendit (in domum), rationem haberi non posse, merito rescriptum est: cum malae fidei possessores ejus, quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, *nullam habent repetitionem, nisi necessarios sumtus fecerint.* — Und aus den Schlußworten möchte man schliessen, folglich haben sie ein Recht, nothwendige Ausgaben einzuklagen. Aber, unter dem Zurückfordern ist hier keine Klage gemeint, sondern sie fordern ihre Verwendungen zurück unter der Gestalt

---

§ 5. D. eod. L. 38. D eod. Bei der Erbschaftsklage kann auch der unredliche Besitzer für bloßen nützlichen Aufwand Vergütung fordern, soweit die Sache, noch jetzt dadurch verbessert, vorhanden ist. L. 37. L. 38. D. de hered. pet Bei der Erbschaftsklage bedarf es indessen der exceptio doli nicht; das officium judicis bringt es bei dieser Klage (die zu den actionibus bonae fidei gehört) schon mit sich, daß dem Beklagten Ersatz seiner Verwendungen zu Theil wird. L. 38. D. de hered. petit.

[19]) L. 27. § 5. D. de rei vind. L. 28. 29. 30. eod. L. 37. L. 38. D. eod. L. 33. D. de cond. ind.

[20]) So hat die Stelle auch Voet verstanden ad tit. Dig. de hered. pet. § 23.

einer Einrede. [20]) Sonst wäre der unredliche Besitzer besser daran, als selbst der redliche. Eine ganz andere Frage ist, ob sie, denen keine Klage zusteht, um durch sie zum Ersatz ihrer Verwendungen zu gelangen, nicht auf Zurückgabe der Sache klagen können, wenn sie selbige, ohne, wegen der Verwendungen, von ihrem Retentionsrecht und der exceptio doli Gebrauch zu machen, aus den Händen gaben, indem sie in der Absicht, das Versäumte nachzuholen, diese Klage darauf gründen, daß sie ohne rechtliche Schuldigkeit den Besitz der Sache voreilig abgetreten haben. — Beides muß wohl von einander unterschieden werden. — Doch die Erörterung dieser von Cujase [21]), Brunnemann [22]), Meier [23]) bejahten Frage, worüber ich mich schon früher erklärt habe [24]), gehört nicht hierher und würde mich hier zu weit führen. 3., Das Vermindern des Dos, welches, wegen nothwendiger Verwendungen, ipso jure geschieht, ist doch etwas anderes, als die Compensation, welche nur bei gleichartigen wechselseitigen Forderungen und namentlich, wenn beide Personen Quantitäten fungibler Sachen von einander zu fordern haben, Statt findet und die Stelle der Zahlung vertritt. Die letztere (Compensation) kann indessen, wie wir gesehen haben, in dem Ersteren enthalten seyn. 4., In den Schlußworten der L. ult. C. de comp. ist gar nicht vom unredlichen Besitzer die Rede, welcher weiß, daß die Sache eine fremde sey, sondern von einem, der auf widerrechtliche Art (perperam) sich des Besitzes an-

[21]) *Cujacii* opera tom. I. p. 2133.

[22]) ad l. 33. D. de cond. ind.

[23]) Coll. argentoratense tit. de rei vind. n. 61.

[24]) Meine Lehre vom Eigenthum S. 379. 380.

gemaßt hat, kurz, nicht von demjenigen ist die Rede, welcher *mala fide*, sondern welcher *injuste* besitzt. Diesem soll überhaupt keine Compensation zu Gute kommen. *Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.*

Was nun aber gradezu die Lehre des Bellojus umstößt, ist folgender Umstand. In allen Stellen, welche vom Ersatz der Verwendungen handeln, wird immer gesagt, daß der Besitzer nur durch Ausübung des Retentionsrechts zum Ersatz seiner Verwendungen gelangen könne, daß er den Ersatz seiner Verwendungen auf dem Wege einer Einrede suchen müsse, daß der Gebrauch der *exceptio doli* ihm zu diesem Ende nöthig sey. Dieses alles wird als das geltende Recht vorgetragen, welches der Fall nicht seyn könnte, wenn die Theorie des Bellojus richtig wäre. Es wird auch kein Unterschied gemacht zwischen nothwendigen und nützlichen Verwendungen, noch zwischen dem redlichen und dem unredlichen Besitzer; in allen Fällen und für alle Besitzer bedarf es der exceptio doli [25]), um eine Forderung geltend zu machen, die nach strengem Recht nicht gerechtfertigt werden kann, sondern bloß auf Billigkeit beruht. [26])

---

[25]) L. 27. § 5. L. 28. 29. 30. D. de rei vind. L. 37. D. eod. L. 14. D. de doli mali et metus exc. § 30. J. de rer. div.

[26]) Nur bei der Erbschaftsklage bedarf es, wie schon in der Note 21. erwähnt ist, auch der exceptio doli nicht. Bei dieser, zu den actionibus bonae fidei gehörenden Klage gebührt es dem Richter, auf die, dem Beklagten, für seine Verwendungen, gebührende Vergütung auch ohne das Rücksicht zu nehmen.

Also bezieht sich die Stelle der Frage nicht auf die aestimatio rei; sie bezieht sich auch nicht auf die Vergütung für die Verwendungen auf die herauszugebende Sache; worauf bezieht sie sich dann? Ich denke mir die Sache so.

Es können Fälle vorkommen, wo unter demjenigen, was mit dinglichen Klagen verfolgt wird, Quantitäten fungibler Sachen und namentlich Geld enthalten und wo es also möglich ist, daß der Beklagte ähnliche Gegenforderungen von dem Gelde, was er zu entrichten hat, in Abzug bringen kann. In Fällen dieser Art, will Justinian, soll auch bei dinglichen Klagen Compensation *ipso jure* eintreten.

Es kann namentlich seyn einmal, daß der Beklagte für gewonnene oder vernachläßigte Früchte, seien es natürliche oder seien es bürgerliche, als Pacht oder Miethsgelder, oder, daß er für Deteriorationen, die er sich zu Schulden kommen ließ, Vergütung zu leisten, dagegen aber für Verwendungen eine solche zu fordern hat. In Fällen dieser Art tritt der Fall ein, worauf die Compensation beruht, nämlich, daß beide von einander ganz oder zum Theil schon haben, was sie von einander zu fordern haben. Hier ist also Compensation, zwar nicht auf das Hauptobject der Klage, wohl aber auf die Nebenforderungen, möglich. Der Beklagte kann z. B. einwenden, Du hast für Früchte u. s. w. eine Vergütung von zwei hundert Reichsthalern zu fordern; ich habe dagegen ein hundert Reichsthaler für Dich aufgewandt, wofür ich an meinem Theil Vergütung zu fordern berechtigt bin; folglich bin ich Dir auf Deine Nebenforderung nur ein hundert Reichsthaler schuldig geblieben.

Aber

Aber, es lassen sich zweitens sogar Fälle denken, wo selbst gegen das Hauptobject der dinglichen Klage Compensation möglich ist. Der Fall kann eintreten, wenn der Gegenstand der Klage eine Erbschaft ist, deren Herausgabe der Kläger verlangt, wenn der Kläger also eine Erbschaft vindicirt. Gesetzt, daß unter der Erbschaft eine Summe Geldes begriffen war, die der Beklagte ausgegeben und zu vergüten hat, oder, er hat ausstehende Forderungen beigetrieben, oder Sachen, die zur Erbschaft gehören, verkauft und den Preis zu vergüten, kurz, er hat Geld und keine bestimmte, zur Erbschaft gehörige, Geldstücke herauszugeben — denn bei diesen würde freilich keine Compensation zulässig seyn —; gesetzt auf der anderen Seite, er hat Schulden bezahlt, die auf der Erbschaft hafteten, oder, er hat Vermächtnisse oder Beerdigungskosten u. s. w. bestritten, oder, er hat Sachen für die Erbschaft (hereditatis causa) angeschafft und fordert den Preis dafür, oder, er hat auf die Erhaltung und Verbesserung von Sachen, die zur Erbschaft gehören, Ausgaben verwandt: in Fällen dieser Art sind gleichartige wechselseitige Forderungen vorhanden und daher ist Compensation allerdings möglich [27]); — wobei es nicht nöthig seyn wird, die Bedingungen, unter denen solche Forderungen, und besonders solche Gegenforderungen, Statt finden, hier näher anzugeben. — Ebenso kann es seyn, daß er selbst Forderungen an den Erblasser hatte; dergleichen darf ein *„possessor justus"* in Abzug bringen (deducere) [28]). Daß aber dergleichen Gegenforderungen wirklich zur Compensation gehören und unter der Gestalt der Compensation gel-

---

[27]) L. 50. § 1. D. de hered. pet. L. 20. pr. D. eod. L. 38. D. eod.

[28]) L. 31. D. eod.

tend gemacht werden, wenn man etwa daran zweifeln wollte, das scheint theils der gesetzliche an mehreren Stellen vorkommende Ausdruck: *Deducere*, besonders aber folgende Stelle zu bestätigen:

L. 4. C. de petitione hereditatis.

In restituenda hereditate compensatio ejus habebitur, quod te in mortui infirmitatem, inque sumptum funeris bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse probaveris.

Man möchte nun freilich einwenden, daß die vindicatio hereditatis zu den sogenannten vermischten Klagen gehört und grade diejenigen Forderungen, wogegen hier die Gegenforderungen in Abrechnung kommen, nicht sowohl aus dem dinglichen Recht herrühren, sondern nebenher aus einem persönlichen geltend gemacht werden; allein, dieser Einwand scheint nicht erheblich zu seyn. Der Charakter einer dinglichen Klage ist in jener überwiegend; sie wird, obwohl persönliche Leistungen dabei vorkommen, doch als *actio in rem* aufgeführt [29]). Und Justinian konnte daher — selbst dann, wenn er Klagen, wie die hereditatis petitio und die querela inofficiosi, allein im Sinne gehabt hätte — immer mit Recht sagen:

Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia *in rem vel personalibus* actionibus inter se observanda.

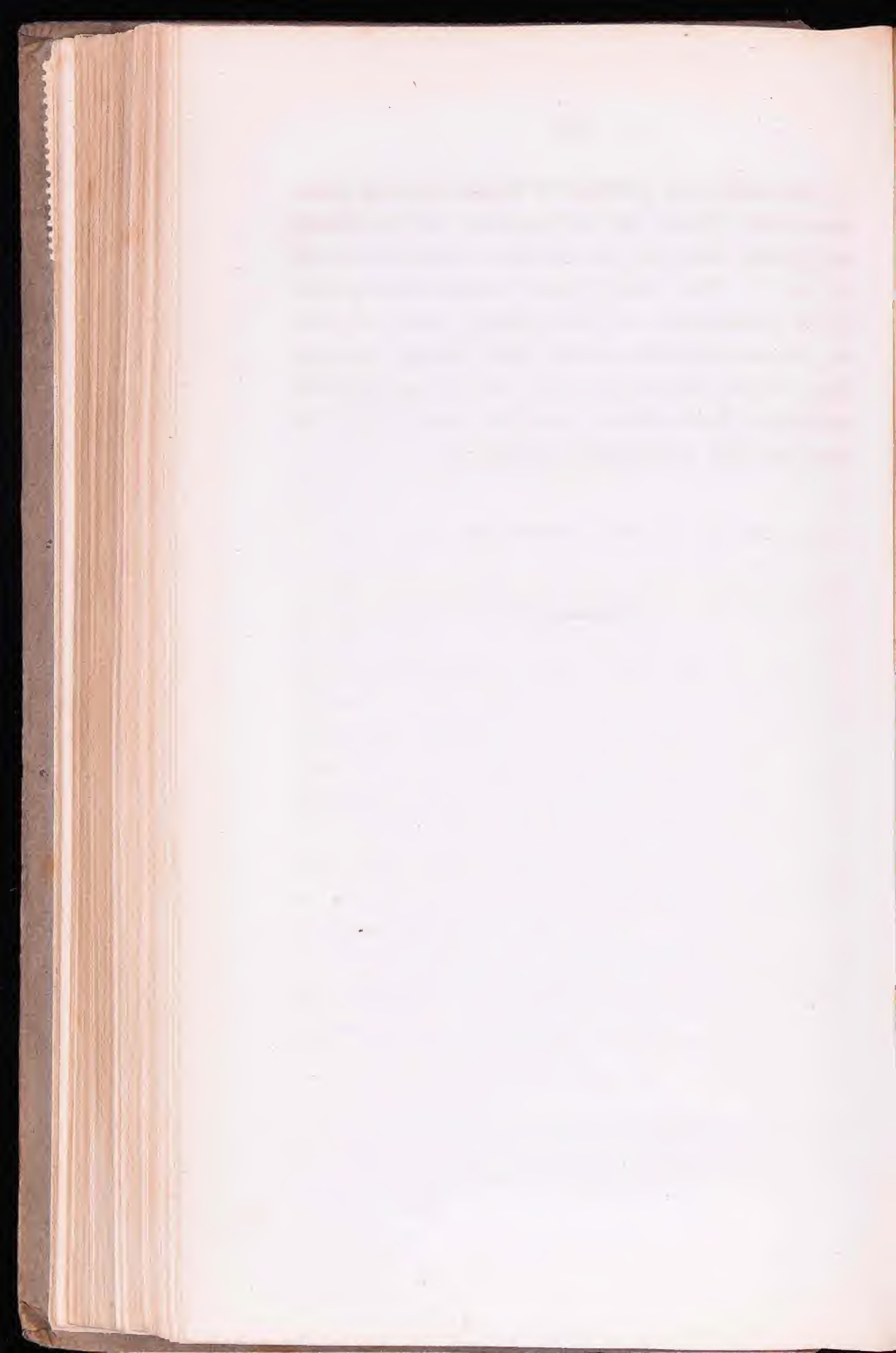
---

[29]) *L. 25. § 18. D. de hered. pet.* Hereditatis petitio, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales: utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta; item pretiorum.

Es möchte auch vielleicht der Umstand hier zur Bestätigung dienen können, daß die hereditatis petitio, wiewohl eine dingliche Klage, zu den actionibus bonae fidei gerechnet wird [30]. Man möchte daraus schließen, wenn die Lehre, daß die Compensation ipso jure geschieht, einmal auf dingliche Klagen ausgedehnt werden sollte, daß vor allen eine Klage darunter gemeint seyn werde, die den aus Contractsverhältnissen hervorgehenden actionibus bonae fidei, von denen jene Lehre ausgegangen, verwandt ist.

---

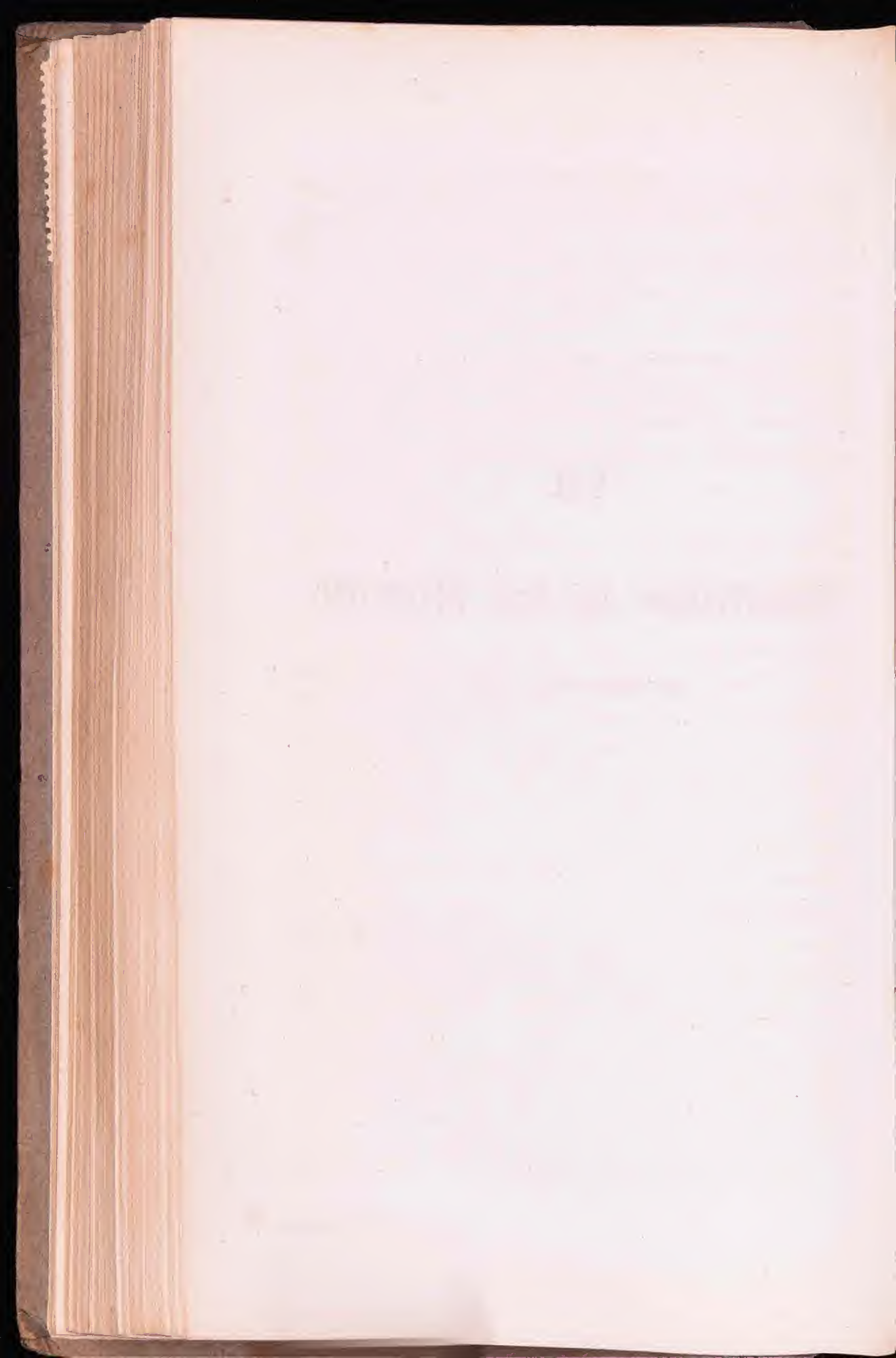
[30]) § 28. J. de act. L. ult. C. de hered. petit.



VII.

Abhandlungen aus dem Pfandrecht.

(Im Winter 1827 — 28.)



I.

Ueber die vorgebliche Untheilbarkeit des Pfandrechts der Vermächtnißnehmer, oder über den Sinn der L. 1. C. Communia de legatis.

Nach der gewöhnlichen Meinung weicht das gesetzliche Pfandrecht der Vermächtnißnehmer von der natura pignorisi ndividua ab; nämlich, ist ein Vermächtniß von der ganzen Erbschaft hinterlassen und sind mehrere Miterben vorhanden, dann haften die Antheile der Einzelnen nur soweit, als die persönliche Klage gegen sie Statt findet.

Wenn in den Pandectencompendien an diesen Satz die Reihe gekommen war, so pflegte wol in einer Note hinzugesetzt zu werden: *dissentit Hermannus Becker*; damit hatte die Sache das Bewenden; der Widerspruch selbst blieb unbeachtet. Nun aber — hat sich das Blatt gewandt. Der neueste Commentator der Pandecten billigt die abweichende Meinung des Herrmann Becker; er hat sie, wenn man so sagen darf, in den Text erhoben und die gemeine an ihrer Statt in die Noten verwiesen. Er hat die Lehre des Ketzers in das Glaubensbekenntniß der Kirche aufgenommen. Dagegen muß sich jeder rechtgläubige Jurist auflehnen und Becker, so gerne ich ihm auch die Ehre des Textes gönnte, Becker muß wieder in die Noten.

Die Meinung des Herrmann Becker geht, nach dem

von Glück aus seiner Abhandlung [1]) gegebenen Auszuge [2]), kürzlich dahin. Das Pfandrecht der Vermächtnißnehmer weicht von der Natur des Pfandrechts nicht ab; es ist untheilbar, wie das Pfandrecht überhaupt; denn die Sachen des Erblassers (nur nicht die eignen des Erben) haften für die Bezahlung des Vermächtnisses *in solidum* und der Miterbe kann durch Bezahlung seines Antheils an der Schuld von der gegen ihn angestellten Klage sich nicht frei machen. Was hierin Wahres ist, ist wenigstens in einem ganz andern Sinn, aus andern Gründen wahr.

Die Gründe, wodurch Becker seine Behauptung zu beweisen sucht, hat Glück ausführlich vorgetragen und dürfen hier nicht wiederholt werden.

Derjenige, dem ein Vermächtniß zugewandt ist, hat bekanntlich mehrere Mittel, durch gerichtliche Hülfe zu demjenigen zu gelangen, was ihm zugewandt ist; man pflegt deren drei aufzuzählen; es sind im Grunde nur zwei, wovon auch das eine nur allgemein ist, das andre sich auf besondre Fälle bezieht 1. Die Vindication, die sich auf ein dingliches Recht gründet. Sie findet nur Statt bei vermachten speciebus, die noch in der Natur vorhanden sind. Vorausgesetzt, daß der Erblasser selbst Eigenthümer war, geht das Eigenthum derselben nicht erst auf den Erben und durch ihn und seine Dazwischenkunft auf den Vermächtnißnehmer, sondern vielmehr graden Wegs auf den letztern über [3]),

---

[1]) *Becker* prolusio academica de actione hypothecaria legatariis ex l 1. C. Com. de legatis contra coheredes competente non ipso jure divisa, 1768.

[2]) Glück Erläuterung der Pandecten, Theil 19. S. 179 folg.

[3]) L. 80. D. de leg. 2. L. 64 D. de furtis.

wenn er das Vermächtniß nur nicht ausschlägt, und er kann die vermachte species von jedem Besitzer als die seinige abfordern. 2. Eine persönliche Klage gegen denjenigen, der mit dem Vermächtniß beschwert ist — eine *actio personalis ex testamento s. codicillis* — die sich auf ein persönliches Recht gründet. Die Klage findet nicht bloß gegen einen Erben Statt, sondern auch, wenn ein Vermächtnißnehmer beschwert ist, gegen den Vermächtnißnehmer [4]). Sie ist dabei von größerm Umfang, wie die vorige; denn sie geht überhaupt darauf, daß der Erbe u. s. w. das Vermächtniß leiste, es auszahle oder entrichte, wozu er sich durch Anerkennung des letzten Willens des Verstorbenen, quasi ex contractu, verbindlich gemacht hat [5]).

Zur Bedeckung dieser persönlichen Forderung dient nun eben das Pfandrecht, was Justinian dem Vermächtnißnehmer ertheilt hat; weshalb zu den vorigen Klagen noch die actio hypothecaria (gegen jeden Besitzer von Sachen, die derjenige vom Verstorbenen erhalten hat, der mit dem Vermächtniß beschwert ist) hinzukömmt, die jedoch nicht gradezu auf Befriedigung des Vermächtnißnehmers gerichtet ist und also den vorigen beiden nicht gleichgestellt werden kann. Auch beschränkt auf den Erbtheil (oder die vermachte species) desjenigen, der mit dem Vermächtniß beschwert ist, kann dies Pfandrecht keineswegs für überflüssig gehalten werden. Es dient vielmehr, wie jedes andre Pfandrecht, soweit sein Umfang reicht, die Erfüllung der Verbind-

---

4) L. un. § 4. C de cad. toll. L. 1. Cod. Com. de leg.

5) § 5. J. de obl. quae quasi ex contr. nasc. L. 3. § ult. et L. sq. quibus ex causis in poss. eatur.

lichkeit sicher zu stellen. Es ist selbst kein irgend scheinbarer Grund zu erreichen, weshalb dieses Pfandrecht überflüssig seyn sollte.

Uebrigens bezieht es sich mit dieser Hypothek wol nur auf Fälle, da der Vermächtnißnehmer eine quantitas zu fordern hat, sey ihm eine solche vermacht, oder trete sie als Entschädigung an die Stelle einer vermachten species. Zwar hat Justinian ihm im Allgemeinen ein Pfandrecht dafür bestellt, daß er das, was ihm vermacht ist, wirklich erhält; er hat ihm, mit den Worten des Kaisers, „actionem hypothecariam super his, quae fuerint derelicta" gegeben; allein, wenn ihm eine species vermacht und sie in der Natur vorhanden ist, so befindet er sich nicht in dem Fall, von der Vorsorge des Gesetzes Gebrauch machen zu können. Er kann jene species überall abfordern, wo sie sich auch befinden mag. Es fehlt eine Forderung der Art, als zu deren Bedeckung ein Pfandrecht dienen könnte.

Wenn der Vermächtnißnehmer eine quantitas zu fordern hat, so sind folgende Fälle möglich:

1. Es ist nur Ein Erbe vorhanden.

2. Es sind mehrere Erben eingesetzt.

Im letztern Falle ist entweder

a) nur Einer der Miterben mit dem Vermächtniß beschwert. In diesem Fall sind alle einig, daß nur der Erbtheil dieses Einen mit dem Pfandrecht belastet sey.

b) Es sind unter mehreren Miterben einige z. B. Titius und Mevius, mit dem Vermächtniß beschwert. Was in diesem Fall in Hinsicht auf das Pfandrecht Rechtens sey, darüber schweigen die Rechtsgelehrten. Das Vermächtniß selbst sind die beschwerten Erben in diesem Fall nicht nach

Verhältniß der Größe ihres Erbtheils, sondern zu gleichen Theilen dem Vermächtnißnehmer schuldig [6]).

c) Das Vermächtniß ist unbestimmt von der Erbschaft hinterlassen; es sind also m. a. W. alle beschwert. In diesem Fall haben sie das Vermächtniß nach Verhältniß der Größe ihres Erbtheils zu entrichten; und jeder von ihnen würde, nach der gewöhnlichen Theorie, nur soweit mit der actio hypothecaria belangt werden können, als er Erbe ist; sein Erbtheil haftet für das, was er schuldig ist; hingegen nach der Theorie, die Becker aufgestellt, würde der Erbtheil eines jeden für die Schuld des andern mithaften. Je nachdem man sich zu der einen oder andern Theorie bekennt, wird man auch den vorigen Fall auf ähnliche Art entscheiden müssen.

Es kann auch seyn, daß nicht der Erbe, sondern ein Vermächtnißnehmer mit dem Vermächtniß beschwert ist. Auch hier kann es seyn, daß mehrere mit dem Vermächtniß beschwert sind, welche, da sie an der ihnen vermachten Sache gleichen Theil nehmen [7]), auch das Vermächtniß zu gleichen Theilen zu entrichten haben werden. Gegen beschwerte Vermächtnißnehmer findet eben so gut, wie gegen beschwerte Erben, auf Auszahlung des Vermächtnisses die persönliche Klage Statt, die actio personalis ex testamento (s. codicillis), wie auch schon bemerkt ist und diese

---

[6]) *L. 54. § 3. D. de leg. I.* Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent: si vero omnes, hereditarias. *L. 124. D. eod.* Si heredes nominatim enumerati, dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant; quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando; qui si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent.

[7]) § 8. J. de leg L. 33. D. de leg. 1. L. 7. C. de leg.

Stelle — L. 1. C. Communia de legatis — selbst deutlich zu erkennen giebt.

Nun verordnet Justinian: In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit. Diese Aeußerung kann hier keinen andern Sinn haben, als: Was jeder erhalten hat, dient zur Sicherheit dessen, was jeder schuldig ist und haftet für den Antheil seines Miterben u. s. w. nicht mit. Woraus dann zugleich folgt, daß der Kaiser den Ausdruck zu weit nahm, indem es Fälle giebt, wie wir so eben gesehen haben, da die persönliche Klage sich nach der Größe des Erbtheils nicht richtet. Vielleicht dachte der Kaiser, möchte man sagen, hier nicht an Fälle, da der Erbe Miterben hat, der Vermächtnißnehmer Genossen, sondern er stellte bloß den Erben dem Vermächtnißnehmer gegenüber; denn von beiden war in den vorhergehenden Worten nur die Rede. Die Erbschaft soll für die Sicherheit des Vermächtnißnehmers haften, wenn der Erbe, die vermachte Species, wenn der Vermächtnißnehmer mit dem Vermächtniß beschwert ist. Allein, die angeführten Worte würden unter dieser Voraussetzung ganz umsonst hinzugefügt seyn; sie würden nichts enthalten, was nicht in den nächstvorhergehenden gesagt ist; und doch sieht man wol, daß der Kaiser etwas Neues damit sagen wollte; auch lauten sie so allgemein, daß nicht bloß der Erbe und der Vermächtnißnehmer, sondern auch der Erbe, welcher Miterben, der Vermächtnißnehmer, welcher Genossen hat, darunter begriffen ist. Auf allen Fall ist der hier aufgestellte Grundsatz auch auf Miterben u. s. w. anzuwenden.

Der Grundsatz, daß unter mehreren Miterben jeder, in

Hinsicht auf das Pfandrecht, in solidum belangt werden könne, wie ihn die L. 2. C. aufstellt, leidet dadurch keinen Abbruch; er ist hier nicht anwendbar; denn damit bezieht es sich nur auf Schulden des Erblassers. Hier aber handelt es sich von einer Schuld, die bloß des Erben ist, von einer Schuld, die früher nicht vorhanden war und erst bei dem Erben ihren Anfang nimmt [8]). Man

---

[8]) *L. 40. D. de obl. et act.* Paulus. Haereditariarum actionum loco habentur et legata: *quamvis ab herede coeperint.* Der Grund, weshalb das Vermächtniß der actio hereditaria an die Seite zu setzen, soll in dem Ausspruch des Florentinus liegen. Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. L. 116. pr. D. de leg. 1. S. *Giphanii* lecturae Altorphinae p. 614. Dieser Ausspruch des Florentinus, welcher nur auf vermachte Sachen paßt und auch nur auf eigne des Erblassers (nicht auf Handlungen u. s. w.) scheint wenigstens hieher nicht zu gehören. Hier handelt es sich nicht davon, was ein Vermächtniß an und für sich ist, sondern in welchem Verhältniß steht der Vermächtnißnehmer zu dem Erben. Der wahre Grund besteht wol darin, daß ein Vermächtniß, oder vielmehr die Leistung eines solchen, eine mit der Erbschaft verbundene Last ist, die der Erblasser dem Erben aufgelegt hat (daß dem Vermächtnißnehmer eine solche aufgelegt wird, ist etwas Anomalisches), die mit der Erbschaft auf ihn übergeht und die ihm also ebenso gut aufliegt, als eine Schuld des Verstorbenen. Gleich den Gläubigern des Verstorbenen können Vermächtnißnehmer begehren, daß die erbschaftlichen Güter vorzugsweise zu ihrer Befriedigung angewandt werden. L. 6. D. de separat. Soweit sind beide einander gleich. Der Unterschied besteht nur darin, daß die Verbindlichkeit des Erben, das Vermächtniß zu entrichten, erst bei dem Erben ihren Anfang nimmt: denn erst durch die Antretung der Erbschaft entsteht sie und hat er sie gegen die Vermächtnißnehmer übernommen. Der Satz selbst wird auch von Paulus nicht angetastet.

könnte nur etwa sagen, der allgemeine Grundsatz von der Untheilbarkeit des Pfandrechts werde verletzt, wenn unter mehreren Erben nicht jeder Einzelne von dem Vermächtnißnehmer in solidum dürfte belangt werden.

Allein, die Hypothek nimmt erst bei dem Erben ihren Anfang auf das, was er schuldig ist. Nur wegen dieses Theils der Schuld — wenn der Beschwerten mehrere sind — giebt das Gesetz jedem Vermächtnißnehmer die Hypothek. Man muß, im Fall der Beschwerten mehrere sind und der Erbtheil eines jeden für das, was er an seinem Theil schuldig ist, haftet, nur nicht glauben, hier sey ein getheiltes Pfandrecht und eine Abweichung von der Regel; nein, es sind hier mehrere Pfandrechte, deren jedes zur Bedeckung eines Theils der Schuld dient, oder vielmehr, der besondern Schuld dieses einzelnen Erben. Kurz, es sind hier gleich Anfangs mehrere Schulden vorhanden, folglich auch mehrere Pfandrechte, und der Grundsatz von der Untheilbarkeit des Pfandrechts gehört gar nicht hieher, wie auch schon Doneau [9]) und Bachov [10]) gesehen haben.

Was sich für die Meinung Beckers anführen läßt und Becker anführt, besteht darin, daß Justinian, wie er selbst bemerkt, das Pfandrecht der Vermächtnißnehmer nach dem Beispiel desjenigen eingeführt hat, was der Erblasser in seinem Testament selbst bestellte. Von dem letztern nimmt man an, daß es sich über die ganze Erbschaft erstrecke. Es ist (in diesem Sinn) untheilbar und darin von demjenigen, was der Erblasser bestellte, verschieden. Becker

---

[9]) Com. ad Cod. lib. 1. com. de legatis nr. 12. p. 529.

[10]) de pign. lib. 3. cap. 2. nr. 1. in fine.

vermeint, die Natur des pignoris testamentarii müsse auf das gesetzliche übertragen werden, weil jenes von diesem das Vorbild ist.

Das Pignus testamentarium ist allerdings in dem Sinn für untheilbar zu halten, daß es die ganze Erbschaft ergreift. Es sagt dies zwar kein Gesetz, allein, es läßt sich aus dem Willen des Erblassers ableiten, welcher der ganzen Erbschaft das Pfandrecht aufgebürdet hat. Indessen folgt daraus, daß Justinian, um ein gesetzliches Pfandrecht an den Gütern der Erbschaft zu rechtfertigen, sich darauf beruft, daß der Erblasser die Macht habe, in seinem letzten Willen ein Pfandrecht daran zu bestellen, daraus folgt noch nicht, daß er das eine dem andern völlig gleichgestellt habe. Wenn das Gesetz ein Pfandrecht ertheilt, so kann es nur darauf ankommen, wieweit dies geschehen ist. Nicht bloß das Daseyn, sondern auch Umfang, Größe, Beschaffenheit, alles verdankt ein solches Pfandrecht dem Gesetz. Nun aber hat Justinian in der hieher gehörigen Stelle des Codex nicht, wie der Testator, gewollt, daß die ganze Erbschaft von dem Pfandrecht ergriffen werde, sondern er hat jedem Vermächtnißnehmer ein Pfandrecht nur ertheilt an denjenigen Gütern, welche an den mit dem Vermächtniß Beschwerten von dem Vermögen des Verstorbenen gelangt sind. Der Antheil des Beschwerten an der Erbschaft ist das Object des Pfandrechts; dieser Antheil soll haften für den Antheil des Beschwerten an der Schuld, und nicht weiter. Nimmt man das Gegentheil an, so muß man auch annehmen, daß, wenn nur einer der Miterben mit dem Vermächtniß beschwert ist, die Antheile der übrigen für das Vermächtniß mithaften; die Gründe,

die uns berechtigen könnten, dem Pfandrecht der Vermächtnißnehmer überhaupt eine Ausdehnung über den Antheil des einzelnen Erben zu geben, würden auch auf diesen Fall Anwendung finden [11]). Wenn das Vermächtniß von der ganzen Erbschaft hinterlassen ist, so ist es so anzusehen, als wenn der Erblasser jeden Erben nach Verhältniß seines Erbtheils mit dem Vermächtniß beschwert d. h. dem einzelnen Erben seinen Antheil am Vermächtniß aufgelegt hätte, und aus den Beiträgen aller geht dann hervor das ganze Vermächtniß. Im Grunde ist der von Justinian aufgestellte Grundsatz, welcher den Rechtsgelehrten eine Unregelmäßigkeit zu enthalten schien, nur eine Anwendung des Grundsatzes, welchen unter andern L. 33. pr. D. de leg. 2. aufstellt: *Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit. Nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet.*

---

[11]) Becker ist sich in mehr, als einer Hinsicht nicht gleich geblieben. Er nimmt nämlich an, solange der Miterbe nicht belangt worden, könne er, durch Bezahlung seines Antheils, seinen Erbtheil von dem Pfandrecht und sich von der actio hypothecaria frei machen (s. Glück a. a. O. S. 181). Wäre das Pfandrecht der Vermächtnißnehmer wirklich untheilbar (nämlich in Beziehung auf die ganze Erbschaft), so würde er das nicht können. Die Untheilbarkeit des Pfandrechts macht eben, daß eine theilweise geleistete Befriedigung des Gläubigers, in Hinsicht auf das Pfandrecht so gut, als gar keine ist; sie bedeutet nichts; das Pfandrecht dauert ganz unverändert fort. Und daher kann z. B. der Erbe, der gemeinschaftlich mit dem Miterben eine Sache des Verstorbenen verkaufte, nach wie vor auf Gewährsleistung belangt werden, obgleich er den Gläubiger, der sie jure pignoris entwährt hat, an seinem Theil befriedigt hatte. L. 65. D. de evict.

II. Auch

II.

Auch der Jüdinn steht das privilegium dotis zu.

Bekanntlich hat Justinian den Frauen in Rücksicht ihres Brautschatzes in der L. 12. C. qui pot. in pign. ein privilegium praelationis beigelegt.

Es ist also den Jüdinnen mit ertheilt und müßte ihnen, wenn es ihnen nicht zustehen sollte, durch ein späteres Gesetz genommen seyn. Daß dieses durch die Novelle 109 geschehen sey, ist wenigstens nicht erweislich. Die Novelle hat es bloß mit Ketzern zu thun. Das Privilegium, was er den Weibern gab, will Justinian in dieser Novelle, soll nur denjenigen Christen zustehen, die sich zu der allgemeinen Kirche halten, die den rechten Glauben haben, nicht aber den Secten in der christlichen Kirche, nicht jenen Irrgläubigen, die sich nur Christen nennen, diesen Namen aber nicht verdienen. Von Juden ist nirgends die Rede. Unter den haereticis sind sie nicht begriffen. Denn haereticus ist bekanntlich derjenige, der in seinen Meinungen von dem Glaubensbekenntniß der Kirche, wozu er sich bekennt, abweicht [1]). Es kann unter den Christen, es kann unter den Juden Ketzer geben; man kann aber nicht sagen, daß ein Jude im Verhältniß gegen den Christen ein Ketzer sey. Justinian erklärt in der Novelle zuvörderst, wer unter den Ketzern, denen er das privilegium dotis nehmen will, zu verstehen sey. Er will, wie er selbst sagt, den Ausdruck ganz in der gewöhnlichen Bedeutung neh-

[1]) L. 2. C. de haereticis.

men. Haereticos, sagt er, et illi (sc. ante nos imperantes) dixerunt et nos dicimus eos, *qui diversarum sunt haeresium.* Er führt sodann solche Schismatiker auf, die im fünften und sechsten Jahrhundert besondere Aufmerksamkeit erregten und damals den Frieden der Kirche störten; er rechne zu den Ketzern, sagt er, die Nestorianer, die Eutychianer, die Manichäer (Anhänger des Manes) u. s. w. und überhaupt alle, die von dem allgemeinen Glauben, wie ihn die Bischöfe und Patriarchen u. s. w. vortragen, abweichen. Besonders erhellet auch aus den Schlußworten, daß Justinian nicht von den Bekennern einer andern Religion, sondern von christlichen Secten spricht, die den rechten Glauben nicht haben. Denn er sagt von ihnen: *Nam licet nomen Christianorum sibimet imposuerint:* attamen a Christianorum se fide et communione separant etc.

Um zu beweisen, daß die Weiber der Juden vom privilegio dotis ausgeschlossen sind, beruft Walch [2]) sich auf zwei Stellen der Novelle. An der ersten Stelle verordnet Justinian, das privilegium dotis solle bloß denen Weibern zustehen, quae diligentiam habent rectam et adorandam nostram fidem tenere (catholicae dicimus et apostolicae ecclesiae) et participare in ejus salutari communione. Und Walch setzt hinzu: *Illud uxoribus Judaeorum assignari nequit.* Allein jene Stelle hat gar nicht den Sinn, den Walch ihr unterschiebt, als solle das Privilegium nur denen Frauen zustehen, die den christlichen Glauben haben, sondern es soll nur denen zustehen, die in der christlichen Kirche den rechten Glauben haben; es ist damit nicht gesagt, daß es den Ungläubi-

---

2) diss. de privilegio dotis Judaeae p. 6.

gen nicht zustehen soll; es soll nur den Irrgläubigen, den Schismatikern soll es nicht zustehen.

Seit wann ist es erlaubt, wenn man ein Gesetz auslegen will, einzelne Stellen dem Zusammenhange zu entreißen? Ist es nicht Pflicht des Auslegers, der den wahren Sinn des Gesetzgebers entwickeln will, das ganze Gesetz in Betrachtung zu ziehen [3])? Nach dem Zusammenhange will der Kaiser mit jenen Worten gar nichts sagen, als bloß: die Ketzer in der christlichen Kirche sind ausgeschlossen. Ja, selbst wenn man die Stelle auch außer dem Zusammenhange betrachtet, läßt sich die Ausschließung der Jüdinnen schwerlich daraus herleiten. Denn ecclesia catholica bezeichnet nicht eben nothwendig die christliche Kirche, sondern die allgemeine, im Gegensatz derjenigen, die einer besondern Secte angehören. Und ecclesia apostolica ist die Kirche, die der reinen Lehre der Apostel zugethan ist — und, als die herrschende, sich dessen wenigstens rühmt — im Gegensatz der verirrten Glieder. Die zweite Stelle beweist so wenig für Walch, daß sie ihm vielmehr gradezu entgegensteht. Der Kaiser fährt nämlich fort, se nolle privilegiis talibus frui eam, quae se separat a sancta Dei catholica et apostolica ecclesia et sacrosanctam in ea communionem percipere non patiatur; atque illam mulierem privilegiis haud dignam esse, si se separat a Dei muneribus et a sacra communione alienam faciat. Hier sieht man deutlich, daß nach Justinians Meinung der Nichtgenuß des Privilegii eine Folge der Abtrünnigkeit oder des Abfalls vom rechten Glauben, eine Strafe der Ketzerei seyn soll. Wie paßt dies auf

---

[3]) L. 24. D. de leg.

die Juden? Kann man von ihnen sagen, daß sie vom christlichen Glauben abgefallen sind? Oder stehen sie nicht vielmehr umgekehrt zu den Christen etwa in dem Verhältniß, wie die Catholiken zu den Protestanten? (Bekanntlich sollte das Christenthum, nach der Absicht des Stifters, nichts anders seyn, als ein verbessertes Judenthum.) Walch scheint dies selbst gefühlt zu haben; denn er hilft sich durch eine sehr gekünstelte Erklärung aus der Schlinge. Er sagt nämlich: (legislator) denuo per id prohibet, quominus judaea juribus his fruatur, propterea, quod, licet civitate in sanctiori coetu nondum esset donata, quamdiu fidei addicta est judaicae, omnino se separat ab ecclesia christiana ejusque consortii fit expers. Diese Erklärung paßt nicht zu den Worten Justinians. Der Kaiser spricht nicht von denen, die eine andre Religion bekennen, sondern vielmehr von solchen, die von der Kirche, zu der sie sich bekennen, in ihren Meinungen sich entfernen, sich dadurch von ihr selbst absondern, von ihr abfallen.

Auf so schwachen Stützen beruht eine Lehre, die — man muß darüber erstaunen — noch immer für die herrschende gelten kann. Man lese doch nur die Novelle selbst nach, um sich zu überzeugen, wie falsch sie sey. Hätte der Kaiser den Jüdinnen das Privilegium entziehen d. h. sie dafür bestrafen wollen, daß sie im Judenthum geboren und erzogen sind, so würde er, der die Worte eben nicht zu sparen pflegt, ihrer ausdrücklich erwähnt haben; er würde es um so mehr gethan haben, da er sonst die Juden von den Ketzern recht gut zu unterscheiden weiß [4]). Daß übrigens ein vernünftiger Gesetzgeber auf den Unterschied der

---

[4]) L. 21. C. de haereticis

Religion keine Rücksicht nehmen könne, wenn von Vermögensrechten der Ehegatten die Rede ist, daß er ohne Ungerechtigkeit der Jüdinn ein Privilegium nicht entziehen dürfe, was er der Christinn beilegt, versteht sich von selbst, man müßte denn, was diesen besondern Fall betrifft, sagen, wie durch diese Ungerechtigkeit eine andere — das privilegium dotis selbst — wiederum vermindert werde.



VIII.

Ueber den Grundsatz,

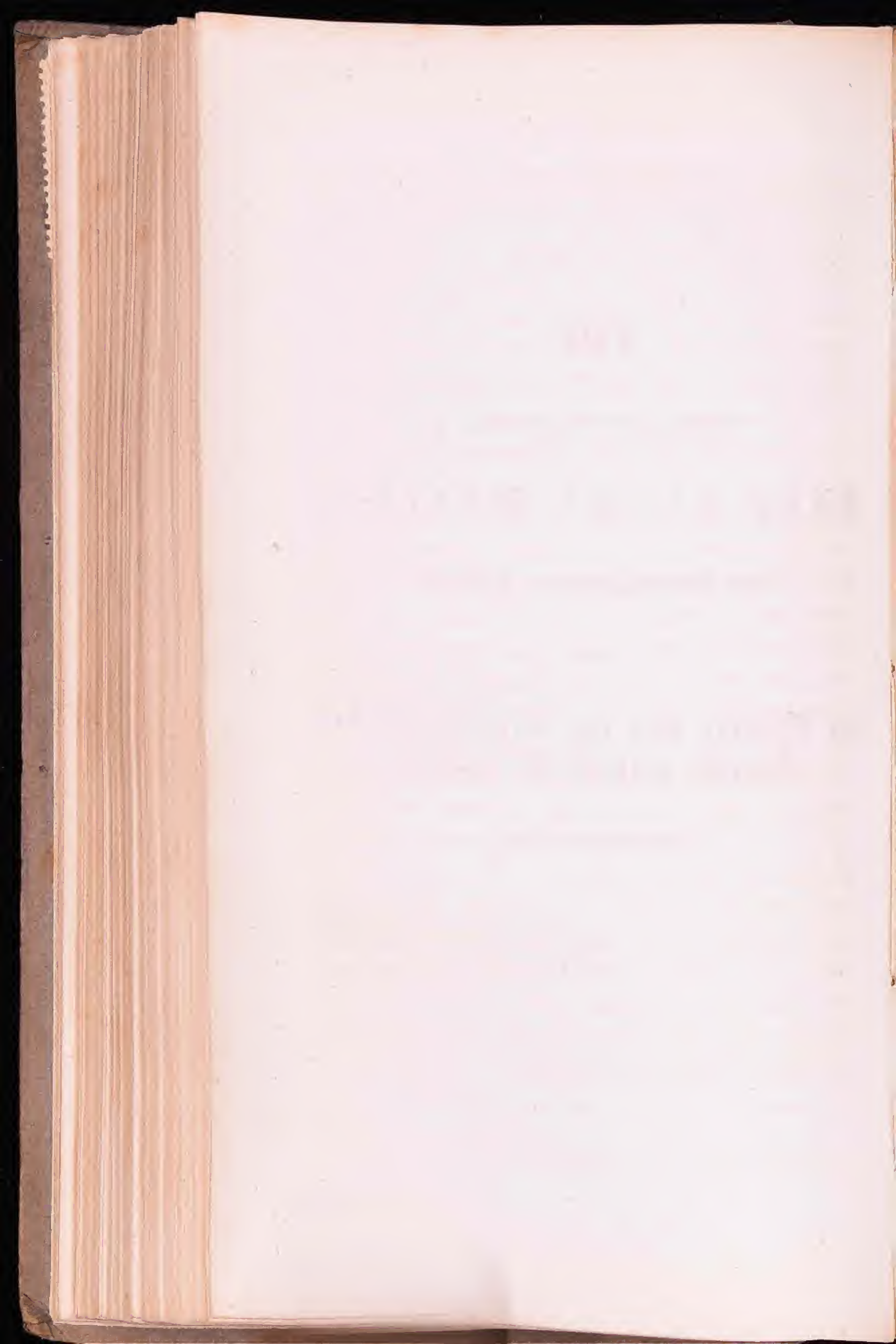
Kauf bricht Miethe;

die Ausnahmen davon

und

die Mittel, das jus expellendi bei Gericht geltend zu machen.

(Im November 1829.)



§ 1.

Kauf bricht Miethe.

Nicht bloß diejenigen, welche sich auf die Gesetze verstehen, stellen den Grundsatz auf: dem Käufer muß der Pächter weichen — und geben ihn, ob mit Recht oder Unrecht, werden wir sehen, für einen römischen aus; auch das Volk kennt ihn schon — jedoch ohne Zweifel aus anderer Quelle, nämlich nicht, weil die Lehre der Rechtsgelehrten bis dahin vorgedrungen wäre, sondern, weil der Grundsatz mit alter Sitte übereinstimmt — und trägt ihn im Sprichwort herum. Alle Tage hört man es sagen: Kauf bricht Miethe — der Käufer verjagt den Pächter u. s. w. Aehnliche Sprichwörter giebt es unter dem Volke in Frankreich und Holland. *Achat passe louage — vente rompt le bail* sagen die Franzosen, Koop brecht Huyr die Holländer [1]). Aber welche Ungerechtigkeit liegt nicht in diesem Satz! Kann ein früherer Vertrag durch einen späteren, können früher erlangte Rechte durch später erworbene vernichtet werden? Kann derjenige, welcher den Vertrag schloß, ihn einseitig selbst wieder aufheben, kann er

---

[1]) *Ayrer* de genere actionis adversus conductorem emtori cedere nolentem (in ejus opuscul. tom. 1. p. 223. 224.)

dem Mitcontrahenten Rechte entziehen, die er ihm einmal eingeräumt hat?

Ja, sagen die Rechtsgelehrten, der Contract beschränkt sich auf die Personen der Contrahenten; der Käufer und überhaupt jeder besondere Nachfolger, an den von seinem Vorgänger geschlossenen Contract nicht gebunden und daraus ebensowenig verpflichtet, als berechtigt, hat nicht nöthig, den Pächter die bedungene Zeit auswohnen zu lassen, ihm steht vielmehr die Befugniß zu, den Pächter, sobald es ihm gefällt, aus dem Grundstück zu vertreiben; er hat das jus expellendi, und wenn er davon Gebrauch macht, dann bleibt dem Pächter nichts anderes übrig, als das Grundstück zu räumen und den Verpächter auf Entschädigung in Anspruche zu nehmen. Der Verpächter selbst würde den Pächter abtreiben können, stände ihm nicht der Vertrag im Wege, der dem neuen Erwerber nicht entgegensteht [2]).

Nahm man diese Grundsätze einmal für richtig an, so mußte man auch wollen Gebrauch davon machen. Der neue Erwerber, welcher nur sein Eigenthumsrecht geltend macht gegen eine Person, die ihm ganz fremde ist, könnte gar wohl begehren, daß die Räumung auf der Stelle geschehen müsse; und, wenn dies zur Unzeit wäre, und der Pächter großen Nachtheil davon hätte, würde seine Schadensrechnung gegen den Verpächter deshalb nur höher anwachsen. Der höchste Gerichtshof indessen, dessen Zierde einst Mevius war, folgte der Billigkeit, indem er den Grundsatz annahm, der Pächter habe doch immer nur nöthig, nach Ablauf des jedesmaligen Pachtjahrs oder zur ge-

---

[2]) *Lauterbach* Collegium theor. pract. tit. de locat. et cond.

wöhnlichen Umzugszeit das Grundstück zu räumen [3]). Auf solche Art ward das Unrecht, was dem Pächter geschieht, durch ein anderes Unrecht wieder gemildert. —

Der Vertrag selbst kann freilich auf den Käufer u. s. w. nicht übergehen und weder in die Pflichten, die er übernahm, noch in die Rechte, die er durch den Vertrag erwarb, folgt der besondere Nachfolger dem Vorgänger [4]). Aber man muß hier zweierlei unterscheiden, den Vertrag und die durch den Vertrag erlangte Herrschaft und Benutzung der Sache. Während jener auf den neuen Erwerber nicht übergeht, vielmehr in den bisherigen Personen fortdauert, kann ebendeswegen diese dem Pächter nicht entzogen werden. Schon ältere Rechtsgelehrte — und zwar solche, die sich von dem großen Haufen absonderten — wandten auf dies Verhältniß, wenn man auf die Natur der Sache sieht, mit vollem Recht den Grundsatz an: Nemo plus juris in alium trans-

[3]) *Mev.* dec. P 5. dec. 339.

[4]) Sowie der successor singularis an den Contract seines Vorgängers mit dem Pächter an seinem Theil nicht gebunden ist, so ist auf der andern Seite auch der Pächter nicht schuldig, wider seinen Willen den Contract mit dem successor singularis fortzusetzen, indem er mit ihm nicht contrahirt, gegen ihn sich nicht verbindlich gemacht hat. L. 32 D. Loc. Cond. Anders ist es, wenn der Verpächter seine Rechte aus dem Pachtcontract dem neuen Erwerber abtritt. Westphal vom Kauf u. s. w. § 1034. Dann stehen zwar dem neuen Erwerber die Rechte aus dem Pachtcontract gegen den Pächter zu, die Pflichten aber, die dem Verpächter obliegen, dauern in der Person des Verpächters fort, falls der Pächter ihn nicht seiner Verbindlichkeiten entlassen und den neuen Erwerber an Stelle seiner zum Schuldner und Verpächter angenommen hat. *Struv.* syntagma h. t § 27. nota n *Lauterbach* collegium theoret. pract. h. t. § 69 Weber Erläuterung der π. 1. Thl S. 536.

ferre potest, quam ipse habet [5]), ingleichen: Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit [6]).

Spräche auch, sagen die Rechtsgelehrten weiter, nicht schon die Natur der Sache für den besonderen Nachfolger; so nimmt ihn doch das römische Recht in Schutz. Die Stellen sind klar, welche den Grundsatz aufstellen: Kauf bricht Miethe. Namentlich erhellet aus den Gesetzen, daß der Vermächtnißnehmer und der Käufer nicht nöthig hat, den Pächter in der Pachtung bleiben zu lassen [7]). Besonders heißt es vom Käufer in der hierher gehörigen Hauptstelle des römischen Rechts:

Emtorem fundi non est necesse, stare colono, cui prior dominus locavit [8]).

Anders Denkende haben dagegen eingewandt, diese Stelle sey von solchen Fällen zu verstehen, da der Pächter noch nicht zum Besitz gelangt sey [9]).

Ayrer [10]) fertigt sie kurz ab. Hujus restrictionis in lege nec vestigium exstat, nec ratio potest reddi ulla.

Es ist wahr, es findet sich nichts von einer solchen Einschränkung in dieser Stelle; und wir müssen sie daher, wie es scheint, so allgemein verstehen, wie sie lautet. Und dennoch dürften sich in der Folge Gründe und nicht ganz unerhebliche auffinden lassen, die den Ausleger doch wohl berechtigen könnten, sie nicht auf beide Fälle zu beziehen,

---

[5]) L. 54. D. de reg. jur.

[6]) L. 175. D. eod. *Ayrer* c. l. p. 228.

[7]) L. 9. C. de locat. et cond. L. 25. § 1. D. eod. — L. 32. D. eod. L. 120. § 2. D. de leg. I.

[8]) L. 9. C. de locat. et cond.

[9]) *Ayrer* c. l. p. 232.

[10]) c. l. p. 232.

sondern auf den angegebenen, einzuschränken. Um die ratio einer solchen Unterscheidung darf man wenigstens nicht einen Augenblick in Verlegenheit seyn. Wenn der Pächter nicht im Besitz und daher genöthigt ist, als Kläger aufzutreten, wird der Beklagte ihm den Einwand entgegensetzen, ich bin nicht schuldig, den Vertrag zu erfüllen, woraus Du klagst, weil ich ihn nicht geschlossen habe; — und der Richter wird seinen Einwand billigen und ihn freisprechen, wenn er den Kläger nicht auf der Stelle abgewiesen hat.

Die meisten sehen ohne Zweifel ein, wie das Naturgesetz dem Käufer nicht günstig sey. Aber viele legen ein großes, ja das größte, oder, außer den Stellen des römischen Rechts, alles Gewicht auf die Vorzüglichkeit des dinglichen Rechts, welches einem Käufer zukomme, vor dem persönlichen, wie es dem Pächter nur zustehe[11]). Westphal[12]) z. B. lehrt, das römische Recht unterscheide dingliches und persönliches Recht, das dingliche habe den Vorzug vor dem persönlichen, und in diesen Satzungen des römischen Rechts scheint er den Grund zu setzen, weshalb der Käufer und überhaupt der besondere Nachfolger den Pächter vertreiben oder ausbieten könne.

Aber, anderer Gründe für jetzt zu geschweigen, was erhebt das Recht des Käufers, welches ja zu Anfange auch nur ein persönliches ist, zu einem dinglichen und macht, daß es mit dem persönlichen um den Vorzug streiten und, als das stärkere, es überwinden kann, wenn es nicht die Ueberlieferung thut? Wie aber ist diese möglich, wenn ein

---

[11]) *Cocceji* jus civ. controv. h. t. qu. 21.

[12]) vom Kauf u. s. w. § 1028.

Pächter die Sache inne hat, welcher seine Herrschaft über sie nicht aufgeben will, es auch vermöge des Contracts zu thun nicht nöthig hat? An dieser Klippe läuft die gewöhnliche Theorie die größte Gefahr, zu scheitern; und die Vertreibung des Pächters scheint zu gleicher Zeit ungerecht und unausführbar zu seyn.

Ueberhaupt unterliegt die Wahrheit des Grundsatzes, dem besonderen Nachfolger muß der Pächter weichen, besonders in solchen Fällen, wo es zum Uebergang des Eigenthums der Tradition bedarf, erheblichen Zweifeln — die hier vorgetragen und erörtert werden sollen. Der Grundsatz verdient es wohl, daß wir ihn aufs Neue in Untersuchung ziehen. Vielleicht bewährt er sich; vielleicht sind wir genöthigt, ihn aufzugeben. Auf jeden Fall wird die Prüfung kein vergebliches, undankbares Bemühen seyn. Aus der Praxis ist er nicht zu verdrängen; er stimmt mit altdeutschen Gesetzen überein; manche besondere Gesetze schreiben ihn ausdrücklich vor [13]); die Gerichte haben ihn, wie die Rechtsgelehrten, entschieden angenommen und die Gewohnheit schützet ihn. Daher werde ich mich nicht darauf beschränken, von dem Grundsatz zu handeln; ich werde auch von den Ausnahmen und Rechtsmitteln handeln und überhaupt die ganze Lehre vollständig vortragen.

§ 2.

Bedingung der Möglichkeit des *juris expellendi.*

Das Recht, den Pächter abzutreiben, kann der neue Erwerber erst mit der Herrschaft über die Sache erlangen;

---

[13]) *Ayrer* l. c. p. 234. sq.

der bloße Vertrag ist dazu nicht hinlänglich; er muß Besitz erworben haben. Bei Vermächtnissen geht bekanntlich das Eigenthum der vermachten körperlichen Sache ohne Uebergabe und Besitzergreifung auf den Vermächtnißnehmer über und hier lassen sich Fälle denken, wo ohne Besitzerwerb ein jus expellendi möglich ist, was in der Regel auch hier nicht der Fall ist. In Fällen aber, wo es zum Uebergange des Eigenthums der Uebergabe bedarf, wie beim Kauf, bei der Schenkung, muß diese schlechterdings geschehen seyn, ehe denn der neue Erwerber ein jus expellendi gegen den Pächter geltend machen kann.

§ 3.

Ob die Uebergabe einer verpachteten Sache an den Käufer möglich sey und wodurch sie geschehen könne? Meinungen der Rechtsgelehrten über diese Frage.

Eine solche Uebergabe ist, nach der Lehre der Rechtsgelehrten, möglich, obgleich der Pächter oder Miether das Grundstück inne hat. Seines Innehabens ungeachtet, ist, nach dem römischen Kunstausdruck, *possessio vacua*. Denn er verwaltet nur den Besitz, der dem Verpächter und Vermiether zusteht Sein bloßes Innehaben gilt vor dem Gesetz nicht als Besitz. Der wahre Besitz ist beim Verpächter und wie dieser den wahren Besitz hat, kann er ihn auch auf den anderen übertragen [1]). Die Uebergabe kann z. B. dadurch geschehen, daß der Verkäufer dem Käufer das Grundstück

[1]) *Bachov* ad Treutlerum, vol. 2. disp. 20. thesis 4. lit. d.

in der Ferne zeigt, es ihm, nach dem Kunstausdruck, mit der langen Hand übergiebt. Aber auch auf jede andere Art, wie sonst nur irgend eine Uebergabe möglich ist. Unter andern durch missio in possessionem oder dadurch, daß der Verkäufer dem Käufer erlaubt, sich selbst in den Besitz zu setzen. Will der Pächter ihn dann nicht zulassen, so begeht er eine Besitzentsetzung gegen den Verpächter [2]), es sey denn, setzen einige hinzu, daß er gerechten Grund hatte, das Grundstück nicht zurückzugeben. Ein solcher Grund liegt darin, wenn er wegen dessen, was er an nothwendigen oder nützlichen Kosten aufgewandt hat, zuvor Ersatz haben will, nicht aber darin, daß die Pachtzeit noch nicht verstrichen ist oder er, wegen Nichterfüllung des Contracts, Entschädigung begehrt; denn das Recht des Käufers ist stärker als dasjenige des Pächters, und dieser soll vermöge des Gesetzes — L. 9. C. de locat. et cond. — jenem weichen [3]).

§ 4.

Zweifel gegen diese Lehre.

Eine Uebergabe, und namentlich Besitzerwerb von Seiten des besonderen Nachfolgers z. B. des Käufers, scheint nicht möglich zu seyn, solange die Sache sich in den Händen eines Pächters befindet.

Es ist eine bekannte Sache daß der Pächter zu denjenigen Personen gehört, von denen es im römischen Recht heißt

---

[2]) L. 12. L. 18. pr. D. de vi et vi armata. *Duillius* diss. de jure emtoris praedii, expellendi ejus conductorem § 21. sq.

[3]) *Wernher* obs. for. pars 7. obs. 3.

heißt, sie sind im Besitz und besitzen doch nicht. Der wahre juristische Besitz befindet sich beim Verpächter [1]); sie besitzen nur in seinem Namen [2]). Nur für ihn besitzen sie; nur für ihn besitzt nicht bloß der Pächter, sondern auch sein Erbe [3]). Allein, wenn gleich der wahre juristische Besitz dem Verpächter zusteht und dieser in Hinsicht auf Usucapion und Interdicte als Besitzer anzusehen ist, so hat doch, wie es scheint, der Pächter den natürlichen oder körperlichen Besitz; die wirkliche physische Herrschaft ist bei ihm; er ist auch, vermöge des Contracts, befugt, sie zu haben und sie kann ihm, solange der Contract nicht beendigt, oder der Verpächter berechtigt ist, davon abzugehen, wider seinen Willen nicht entzogen werden. Vielmehr ist er, vermöge der ihm übertragenen Gewalt über die Sache, befugt, einen jeden und selbst den Eigenthümer und Verpächter von der Sache gänzlich auszuschließen. Da nun der Besitz durch den bloßen animus possidendi nicht erworben wird, sondern es hauptsächlich darauf ankommt, daß derjenige, welcher besitzen will, die wirkliche Gewalt über die Sache erlangt [4]), so scheint daraus zu folgen, daß der Besitz einer verpachteten Sache solange nicht möglich sey, als das Grundstück in der Gewalt des Pächters sich befindet.

Der Pächter, welcher die gepachtete Sache nach römischer Vorstellungsart bisher im Namen des Verpächters besaß, will sie deshalb, weil es dem Verpächter gefiel, sie zu

---

[1]) L. 1. § 22. D. de vi.

[2]) § 5. J. de interdictis. L. 3. § 12. D. de poss. L. 9. D. eod. L. 6. § 2. D. de precario.

[3]) *L. 60. § 1. D. Loc.* Heredem coloni, quamvis colonus non est. nihilo minus domino possidere existimo.

[4]) L. 3. § 1. D. de acq. vel am. poss.

veräußern, noch nicht im Namen des Käufers besitzen und es ist auch nicht so anzusehen, als wollte er es. Wäre dies, so bedürfte es ja der Uebergabe überall nicht, sondern es würde an dem bloßen Verkauf und an dem Willen genug seyn, des Verkäufers, den Besitz zu geben, und des Käufers, ihn zu erwerben.

Alles dieses wird dann auch, wie es scheint, durch die Stellen, worauf die Ausleger zum Beweise ihrer Behauptungen sich zu berufen pflegen, welche von Marcellus und Papinianus herrühren, denen wir billig eine dritte des Marcellus von verwandtem Inhalt beifügen, nicht umgestoßen, sondern vielmehr bestätigt.

1. *L.* 12. *D. de vi. Marcellus.*

Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit, deinde colonus vi ab alio dejectus est: quaerebatur, quis haberet Interdictum Unde vi? Dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset; an emtorem, cui jussisset dominus tradi possessionem, non admisit: igitur Interdictum Unde vi colono competiturum, ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem dejecisse tunc videretur, cum emtori possessionem non tradidit: nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset.

2. *L.* 18. *pr. D. eod. Papinianus.*

Cum fundum, qui locaverat, vendidisset, jussit emtorem in vacuam possessionem ire; quem colonus intrare prohibuit; postea emtor vi colonum expulit: Interdictis Unde vi quaesitum est: placebat colonum In-

terdicto venditori teneri; quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit: neque enim ante amissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori; quia neque eo animo esset, ut possessionem amitteret, propter emtorem, quam emtor adeptus non fuisset: emtorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum Interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a venditore, per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. Quaesitum est, an emtori succurri debeat, si ex voluntate venditoris colonum postea vi expulisset? Dixi non esse juvandum, qui mandatum illicitum susceperit.

3. *L.* 20. *D. de poss. Marcellus.*

Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit emtorique tradi jusserit, nec ille tradiderit: alias videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: quid enim si alia quaepiam fuit justa et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem ejus interverteret?

Die erste Stelle des Marcellus hat eine Sache zum Gegenstande, welche verpachtet ist; von einer solchen handelt in der zweiten auch Papinianus; die dritte Stelle, ebenfalls des Marcellus, redet von einer Sache, welche verliehen ward. Beide diese Fälle — der Verpachtung und Verleihung — kommen darin überein, daß eine verkaufte Sache dem Käufer überliefert werden soll, die sich in den Händen eines Dritten befindet, dem sie vom Verkäufer vor dem Verkauf zum bloßen Gebrauch eingeräumt ward. Beide sind, soweit sie hier in Betrachtung kommen, wie es

scheint, nicht wesentlich verschieden; auf beide werden, zum Theil mit denselben Worten, dieselben Rechtsgrundsätze angewandt. Aus beiden erfahren wir, welchen Gang die Sache nimmt, wenn eine Sache überliefert werden soll, die sich in den Händen eines bloßen Inhabers befindet.

Um beim Verleihen anzufangen. Wenn eine verkaufte Sache dem Käufer überliefert werden soll, welche sich in den Händen eines Dritten befindet, dem sie geliehen ist, kann dies dadurch geschehen, daß der Dritte sie, auf Geheiß des Verkäufers, dem Käufer ausliefert. Der Commodatar ist verbunden, sie dem Käufer auszuliefern; er muß *rem* oder *„commodatum reddere"*; er handelt widerrechtlich, wenn er es unterläßt, wie daraus klar erhellet, daß er durch die verweigerte Zurückgabe den Verkäufer des Besitzes entsetzt, es sey denn, daß er irgend einen rechtmäßigen und vernünftigen Grund hatte, die Rückgabe zu verweigern. So entscheidet — in der dritten Stelle — Marcellus diesen Fall.

Auf dieselbe Art entscheidet er den anderen, wovon hier zunächst die Rede ist, da nämlich die verkaufte Sache verpachtet ist.

Soll ein verpachtetes Grundstück dem Käufer überliefert werden, so kann dies dadurch geschehen, daß der Pächter, auf Verlangen des Verkäufers, den Käufer nicht hindert, sich in den Besitz des Grundstücks zu setzen. Dies wird hier durch *Tradere possessionem* ausgedrückt und scheint dasselbe zu seyn, was beim Commodat als *rem reddere* vorkam. — Auch beim Ende der Pachtzeit ist das Zurückliefern des Pächters ein bloßes Weichen und Abziehen. — Widersetzt er sich, so handelt er widerrechtlich; er entsetzt den Verpächter des Besitzes; es sey

denn, daß er aus einem rechtmäßigen Grunde sich widersetzt. So entscheidet — in der ersten Stelle — derselbe Marcellus diesen zweiten Fall.

Und Papinianus entscheidet ihn — in der zweiten Stelle — auf dieselbe Art; nur, daß dieser keine Einschränkung hinzufügt. Dagegen bemerkt er ausdrücklich, daß der Verkäufer erst dann den Besitz verloren habe — und der Besitz erst dann auf den Käufer übergegangen sey — wenn der Pächter die physische Herrschaft aufgegeben habe, wenn er den Käufer ungehindert Besitz ergreifen ließ — *neque enim*, dies sind seine eigenen Worte, *ante amissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori.* In diesen Worten liegt, wie es scheint, der Satz deutlich ausgesprochen, daß ohne Zuthun des Pächters, ohne daß er die physische Herrschaft aufgiebt, keine Veränderung des Besitzes, keine Tradition von Seiten des Verkäufers an den Käufer möglich sey.

§ 5.

Bestätigung der gewöhnlichen Theorie.

Und dennoch giebt es allerdings Gründe, anzunehmen, daß eine Uebergabe, ohne Zuthun des Pächters, möglich sey. Zwar die gegen diesen Satz aus der Natur der Sache entlehnten Gründe weiß ich nicht zu widerlegen; wohl aber lassen sich die Gründe widerlegen, welche aus dem Inhalt der angeführten Stellen des Marcellus und Papinianus hergenommen sind. Genauer untersucht, bestätigen sie ihn vielmehr, als daß sie ihn entkräften sollten, wie wir hernach sehen werden.

Daß eine Uebergabe ohne Zuthun des Pächters möglich sey, scheint aus folgenden Gründen sich zu ergeben.

Erstens spricht der Umstand dafür, daß ein jus expellendi erst dadurch möglich wird und dieses ganz aufgegeben werden muß, wenn wir eine solche Uebergabe für unmöglich erklären; denn beide, der Käufer und der Pächter, können gar nicht zusammentreffen, wenn jener nicht durch den Verkäufer zum Besitz des Grundstücks gelangt ist.

Zweitens spricht dafür eine Gesetzstelle, wovon hernach noch die Rede seyn wird und die zu diesem Zweck, meines Wissens, bisher noch nicht benutzt ist, die L. 50. D. de jure fisci.

Drittens scheint eine Uebergabe ohne Zuthun des Pächters den Vorstellungen der römischen Rechtsgelehrten über die Natur des abgeleiteten Besitzes, im Verhältniß zu dem ursprünglichen, angemessen zu seyn.

Nach römischen Ideen besitzt nur derjenige, in dessen Namen besessen wird, hier der Verpächter. Man muß hier überall an keinen Besitz bei dem Pächter denken, der nur auf dem Grundstück anwesend ist, während der Verpächter es besitzt [1]); man muß sich den Besitz auch nicht als getheilt vorstellen; das ist er nur beim *Precario* und auch nur unter gewissen Umständen [2]), nämlich, wenn derjenige, qui precario rogavit, bedungen hat, ut sibi *possidere* liceat; da dann der eine, nämlich der Geber, *animo* besitzt, während der andere, nämlich der Empfänger, *corpore* im (wahren) Besitz sich befindet; — sondern der ganze volle Besitz, animus et corpus, beides ist in den Händen des Eigenthümers. Er hat, außer dem animus, auch die physische Herrschaft — die er nur durch den Pächter, als seinen

---

[1]) L. 6. § 2. D. de precario. | [2]) L. 15. § 4. D. de prec.

Diener, ausübt [3]), ohne daß seine Gewalt über die Sache dadurch im Geringsten behindert würde, — und, wie er beide hat, kann er auch jenen (den animus) aufgeben und diese (die physische Gewalt) einem anderen überlassen, mithin die Uebergabe vornehmen — und durch die Uebergabe den Empfänger zum Eigenthümer machen, ohne daß es ihm Jemand wehren kann. Die Uebergabe kann dabei allerdings im Allgemeinen ganz auf dieselbe Art, wie sonst eine Uebergabe, geschehen. Sie kann, wenn ein verpachtetes Grundstück übergeben werden soll, mit der langen Hand — sie kann auch durch wirkliche Inductio in fundum geschehen [4]). Die erstere muß der Pächter, wie sich von selbst versteht, geschehen lassen. Er wird aber auch die Uebergabe, welche durch *inductio in fundum* geschieht, deren Stelle eine *missio in possessionem* vertritt, dulden müssen; zum Nichthindern, zur Unthätigkeit wird er verpflichtet seyn. Hingegen ein Herausgeben kann, glaube ich, von einem Inhaber nicht begehrt werden. In Fällen also, da die Tradition durch Hingeben geschehen soll, wie bei beweglichen Sachen, wird, wenn gleich ein bloßer Inhaber sie im Besitz hat, keine Uebergabe und kein jus expellendi möglich seyn. Man muß hier zweierlei unterscheiden, einmal den Verkäufer nicht hindern dürfen, Handlungen seines Besitzes auszuüben, und namentlich, den Besitz zu übertragen — und zweitens die Sache an ihn oder, auf sein Begehren, an den Käufer zurückzuliefern. Wiewohl der Inhaber dem Verkäufer nicht wehren kann, Handlungen seines Besitzes vorzunehmen, er mithin auch, nach dem Willen des Verkäufers, den Käufer

---

[3]) L. 18. pr. D. de poss.

[4]) L. 50 D. de jure fisci.

nicht hindern darf, Besitz zu ergreifen, ist er doch vor der Zeit nicht gerade zur Zurückgabe der Sache an ihn verpflichtet.

Der Umstand, daß die Sache verpachtet ist, setzt also der Uebergabe kein Hinderniß entgegen; sie kann im Allgemeinen ebenso geschehen, als wenn sie nicht verpachtet wäre. Der Pächter darf die Besitzergreifung ebensowenig hindern, als ein Fremder, der etwa auf dem Grundstück anwesend wäre. Der Pächter kömmt hierbei gar nicht in Betrachtung; von ihm kann man ganz hinwegsehen; er giebt bei der Handlung einen ruhigen und leidenden Zuschauer ab; sie berührt ihn nicht, geht ihn gar nicht an. Denn das, was hier verloren geht, der Besitz, was kümmert ihn der? Er hatte ihn ja auch zuvor nicht.

Von dieser Seite muß man, mit römischen Augen, die Sache ansehen. Zwar, in ihren Folgen ist die Handlung für den Pächter von Wichtigkeit; denn sein Recht, auf dem Grundstück sich aufzuhalten, es zu benutzen, es dem Verpächter vorzuenthalten, wird dadurch per indirectum gefährdet. Die Besitzergreifung wird den neuen Eigenthümer in den Stand setzen, ihn aus dem Grundstück zu vertreiben, ohne daß der Contract ihn schützen kann. Aber, das berechtigt ihn alles nicht, sich gleichsam aus Vorsicht, um sich sicher zu stellen, einer Handlung zu widersetzen, wozu nun einmal, nach römischen Ideen, der Eigenthümer und Besitzer ein vollkommenes Recht hat.

Von den erwähnten drei Gesetzstellen beziehen sich die beiden ersten auf die Besitzergreifung verkaufter Grundstücke, welche verpachtet sind. Der Umstand, daß die Sache in den Händen eines Pächters ist, hindert die Uebergabe nicht. Ungeachtet ein Pächter das Grundstück inne hat, ist *pos-*

sessio dennoch *vacua* (L. 18. pr. D. de vi). Die Uebergabe geschah in beiden Fällen, oder vielmehr, sie sollte geschehen durch *missio in possessionem;* der Verkäufer erlaubte dem Käufer, sich selbst in den Besitz zu setzen. Dem Pächter hatte er geheißen, ihn nicht daran zu hindern. Hätte der Käufer das Grundstück hierauf wirklich betreten, so würde er den Besitz wirklich ergriffen haben; das ingredi würde *possidere incipere* gewesen seyn; und die Uebergabe wäre vollendet gewesen. Der Pächter hielt aber den Käufer von dem Grundstück ab; er verwehrte ihm, in das Grundstück einzugehen — emtorem *non admisit, ingredi volentem prohibuit* sagt Marcellus; emtorem *intrare* prohibuit Papinian; er hinderte ihn also, Besitz zu ergreifen. Dies durfte er nicht; er handelte widerrechtlich, wie daraus deutlich erhellet, daß er durch diese Handlung sich eine dejectio zu Schulden kommen ließ. Eine solche war darin enthalten, daß er den Herrn oder, an Stelle seiner, den neuen Erwerber von der Sache ausgeschlossen, ihm das Betreten des Grundstücks verwehrt hatte. Ueberhaupt ist es ja *dejectio,* wenn ein Besitzer von demjenigen, welcher nicht besitzt, gehindert wird, das Grundstück zu betreten [5]) und eine solche ließ sich hier der nicht besitzende Pächter gegen den besitzenden Verpächter zu Schulden kommen. Von Zurückgabe des Grundstücks war hier nicht die Rede; der Pächter sollte bloß den Käufer nicht hindern, Besitz zu ergreifen, dies Letztere wird hier durch *possessionem tradere* ausgedrückt; und die Worte des Papinian: neque enim ante amissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori, wollen bloß sagen,

---

[5]) L. 1. § 24 et 26. D. de vi. L. 6. § 1. D. de poss.

der Käufer gelangte erst zum Besitz oder würde zum Besitz gelangt seyn, wenn er, vom Pächter ungehindert, Besitz ergriffen hätte. Daß es hier bloß auf Besitzergreifung und zwar einseitige, ohne positives Zuthun des Pächters zu bewerkstelligende, ankam, geht daraus hervor, daß alles Gewicht schon auf das *non admittere,* auf das *ingredi, intrare prohibere* gelegt wird. Dies *non admittere* war *possessionem non tradere;* beides wird hier als gleichbedeutend gebraucht.

In beiden Fällen wird keineswegs vorausgesetzt, daß die Pachtzeit bereits verstrichen gewesen. Es kam hier, wie gesagt, nicht darauf an, daß der Pächter das Grundstück zurückliefern sollte, sondern er sollte bloß die Veränderung des Besitzes, als eine ihm fremde Begebenheit, dulden. Diese kann, wenn man die Sache mit römischen Augen ansieht, ohne Zweifel eben so gut geschehen, wenn die Pachtzeit fortdauert, als wenn sie beendigt ist. Mit keiner Sylbe gedenken Marcellus und Papinianus der bereits beendigten Pachtzeit und doch würden sie, wenn dies die Voraussetzung wäre, einen so erheblichen Umstand schwerlich mit Stillschweigen übergangen haben. Im Gegentheil darf man sogar annehmen, daß sie solche Fälle gemeint haben, da die Pachtzeit noch fortdauerte. Denn, wenn die Pachtzeit bereits beendigt ist, so wird der Verkäufer sich wohl nicht gerade darauf beschränken, eine Handlung seines Besitzes vorzunehmen und den Besitz, bei Anwesenheit des Pächters, vom Käufer ergreifen zu lassen, sondern er wird die Sache dem Pächter abfordern und sie dann dem Käufer überliefern.

Auch unter der *justa et probabilis causa* (possessionem non tradendi), deren Marcellus in der ersten Stelle

am Schlusse gedenkt, ist die fortdauernde Pachtzeit nicht gemeint. Denn, sich der Besitzveränderung, die den Pächter nicht angeht, zu widersetzen, dafür kann die nicht beendigte Pachtzeit keinen gerechten Grund abgeben. Was ihn dazu befugt machen soll, muß von ganz anderer Art seyn. Eine justa et probabilis causa kann hier etwa ein besonderes Versprechen des Verpächters abgeben, den Besitz wider Willen des Pächters einstweilen an Niemanden abzutreten [6]), oder, noch besser, das Grundstück eine Zeitlang selbst nicht zu betreten, oder von sonst Jemanden es betreten zu lassen.

Anders verhält es sich nun, wie es scheint, wenn die Rede davon ist, daß ein Inhaber eine Sache zurückgeben soll. Von einem Fall dieser Art handelt Marcellus in der oben angeführten dritten Stelle. Sie handelt von einer durch Zurücklieferung zu bewerkstelligenden Ueberlieferung. Es ist von einer Sache die Rede, die dem anderen geliehen war; der Gegenstand eines Commodati sind gewöhnlich nur bewegliche Sachen. Der Käufer soll, in Auftrag des Verkäufers, die Sache vom Inhaber abfordern, um die entgegengenommene für sich zu behalten. Alles, was ihn von der Verbindlichkeit befreit, die Sache dem Verleiher zurückzugeben, befreit ihn auch von der Verbindlichkeit, sie dem Käufer, als dem zur Entgegennahme Beauftragten, auszuliefern. Hat er die Auslieferung widerrechtlich verweigert, so hat er in den Besitz des Verleihers widerrechtlich eingegriffen; hatte er aber nur irgend einen gerechten Grund, die Sache nicht zurückzugeben, so gilt das Gegentheil.

Unter der alia quaepiam justa et rationabilis causa, (rem commodatam) non *reddendi* ist besonders der Um-

[6]) Etwas ähnliches vermuthet Westphal über die Arten der Sachen S. 232.

stand begriffen, daß er auf die Sache (nothwendige) Verwendungen gemacht hat, wofür er zuvor Vergütung haben will[7]). Vorzüglich aber gehört der Umstand hieher, daß der Gebrauch, wozu die Sache geliehen ist, noch nicht beendigt ist. Denn, welcher Grund kann wohl gerechter seyn, die Sache nicht aus dem Besitz zu lassen, als, wenn die Zeit noch nicht verstrichen ist, für welche sie ihm eingeräumt ist? Auch hat derjenige nicht die Absicht, in den Besitz des anderen einzugreifen, der sie nur deshalb nicht zurückgeben will, weil der Gebrauch nicht beendigt ist, wozu ihm die Sache geliehen ist. Beide Gründe würden den Inhaber gegen den Verleiher, wenn dieser selbst gekommen wäre, sie abzuholen, geschützt haben; so schützen sie ihn auch gegen denjenigen, der sie in seinem Namen nur zurückfordert.

Wir sehen also, ungeachtet ein Pächter — oder ein sonstiger Inhaber — das Grundstück inne hat, kann die Uebergabe desselben geschehen; der Pächter muß die Uebergabe geschehen lassen und kann, wenn er sich widersetzt, durch Hülfe des interdicti de vi von Seiten des Verpächters dazu gezwungen werden. Hingegen kann der Verpächter ihn nicht zwingen, das Grundstück vor der Zeit zu räumen, wohl aber kann dieses, nach der Uebergabe, der Käufer.

Wir sehen auch, daß die Rechtsgelehrten, wenn sie die Uebergabe einer verpachteten Sache für möglich erklären, richtig denken. Nur reicht das Wenige, was sie über den Besitz eines Verpächters und dessen mögliche Veränderung vortragen, nicht aus und verführt zu unrichtigen Vorstellungen. Die Sache bedurfte einer genaueren und sorgfältigeren Auseinandersetzung, die hier um so nöthiger war, da die

---

[7]) L. 18. § 2. D. Commodati.

Ideen der Römer von denjenigen, welche die Natur der Sache an die Hand giebt, Himmelweit verschieden sind; weshalb diejenigen, welche nicht gerne blind glauben, sondern über alles nachdenken und alles deutlich einsehen wollen, am ersten in Gefahr sind, irre zu gehen.

§ 6.

Das *jus expellendi.*

Dieses sogenannte jus expellendi läßt sich auf doppelte Art als möglich denken.

Erstens: Man müßte annehmen, es sey Grundsatz gewesen bei den Römern, daß die Pachtung — und überhaupt jedes Geschäft, wodurch eine Sache einem andern zum bloßen Gebrauch überlassen wird — durch ein anderes, wodurch eine Sache, der Substanz nach, veräußert wird, namentlich durch den Verkauf, unwirksam gemacht wird, so daß, unter Vorbehalt der Entschädigung, der Pächter u. s. w. verbunden sey, die Sache dem Eigenthümer, oder, auf sein Geheiß, dem neuen Erwerber auszuliefern, gerade so, als wäre die Pachtzeit beendigt. Es ginge dann die Veräußerung der Verpachtung vor, und wer eine Sache verpachtet hätte, dem wäre die Befugniß, sie zu veräußern, und von dem Contract durch Entschädigung sich frei zu machen, stillschweigend vorbehalten. Der Contract schützte den Pächter im Besitz und Genuß der Sache, solange das Grundstück nicht verkauft wäre, hernach aber nicht länger; kurz, die Sache verhielte sich dann wörtlich so, wie das Sprichwort sagt: Kauf bricht Miethe.

Aber, eine durch die Gesetze eingeführte Macht, die Sache zurückzufordern und doch eine Pflicht zur Entschädi-

gung; wie reimt sich das? Die letztere würde freilich durch die erstere an sich ausgeschlossen seyn; indessen ließe sich als möglich denken, daß ein Gesetz seyn könnte, welches den Einen gegen den Andern und zwar, um beide zufrieden zu stellen oder das Unrecht so wenig als möglich Unrecht seyn zu lassen, gegen zu leistende Entschädigung, von der Verbindlichkeit freispräche, das Versprochene zu leisten, welches mithin dem Verpächter erlaubte — damit ihm nicht Gelegenheit, die sich ihm gerade darbietet, entgehen möge, sein Grundstück vortheilhaft zu verkaufen — dem Pächter, statt der Erfüllung des Contracts, soviel, als diesem an der Erfüllung des Contrats gelegen war, welches am Ende nur baares Geld seyn kann, in baarem Gelde zu vergüten.

Allein, von einem solchen, in der Natur der Sache nicht gegründeten, sondern nur zur Beförderung des Verkehrs angenommenen Grundsatz, von einem solchen positiven Gesetz findet sich nirgends eine Spur. Gewiß haben die Römer den Grundsatz nie verkannt, der Verkauf und die in Folge dessen geschehene Beeinträchtigung der Rechte des Pächters stehe dem Verpächter an sich nicht zu und widerrechtlich habe er dadurch den Contract gebrochen; und ebendaher haben sie dem Pächter ein Recht beigelegt, von dem Verpächter Entschädigung dafür zu begehren, daß er, welcher in Folge des Rechtssystems dem neuen Eigenthümer weichen muß, durch Handlungen des Verpächters an der versprochenen Benutzung der Sache gehindert worden.

Auf diesem Wege kommen wir zu keinem jus expellendi.

Zweitens. Nicht dem Verkäufer und Verpächter, welcher seine eignen Handlungen nicht anfechten darf, sondern dem Käufer stände das jus expellendi zu; — und so ver-

hält es sich wirklich. Während der Verkäufer, durch den Contract gebunden, den Pächter seine Zeit auswohnen lassen muß, hat der Käufer nicht nöthig, nachdem er zum Besitz gelangt ist, ihn einen Augenblick länger auf dem Grundstück zu dulden. Zwar haben die Gesetze auch dem Käufer kein besonderes jus expellendi beigelegt; aber dessen bedurfte es auch nicht; es folgt aus dem erlangten Eigenthum, ja schon aus dem bloßen erlangten Besitz, ganz von selbst. Wenn der Käufer die Herrschaft der Sache erlangt hat, so darf er auch von der erlangten Herrschaft Gebrauch machen; es ist nichts, was, besondere Verträge abgerechnet, ihn daran hindern und den Pächter gegen ihn schützen könnte. Die Gewalt des neuen Besitzers ist für den Pächter unwiderstehlich.

§ 7.

Ob dem Pächter ein Retentionsrecht wegen seiner Verwendungen beizulegen, wenn ihm das Grundstück, weil es verkauft ist, abgefordert wird.

Ich komme jetzt auf das Retentionsrecht, von welchem, wie wir gehört haben, die Rechtsgelehrten — freilich wohl nicht alle — behaupten, es stehe dem Pächter selbst dann zu, wenn die Sache verkauft ist. Wir wollen sehen, ob sie Recht haben.

Zuvörderst ist es gar so ausgemacht nicht, wie die Rechtsgelehrten glauben, daß dem Pächter, wegen seiner Verwendungen, überhaupt ein Recht zustehe, dem Verpächter, bis sie ihm vergütet sind, das Grundstück vorzuenthalten.

Dem Pächter steht wegen seiner Verwendungen nach römischem Recht eine Klage zu [1]). Aber steht ihm auch ein Recht zu, bis zu deren Bezahlung das Grundstück nicht zurück zu geben? Das ist die Frage. Die Stellen, die man dafür anzuführen pflegt, sagen davon kein Wort und sind zum Theil dieselben, wovon hier die Rede ist, so daß man, um dadurch zu beweisen, dem Pächter stehe das Retentionsrecht zu, zuvörderst genöthigt ist, ein solches in sie hineinzulegen. Man kann daher das behauptete Retentionsrecht nur aus allgemeinen Grundsätzen ableiten, nämlich aus dem Verhältniß, worin die Gegenforderung zu der Forderung steht, als welche aus derselben Quelle, nämlich aus demselben Contract sich herschreibt, woraus die Forderung entspringt, so daß also die connexitas debiti es ist, die den Pächter zur Retention berechtigt. Aber, müßte es denn gerade das Grundstück seyn, woran er sich hielte? Könnte er nicht in Fällen dieser Art, da sein Gläubiger mehrfache Ansprüche gegen ihn zu machen hat, wegen seiner Gegenforderungen auf das Pachtgeld angewiesen seyn, um sich dadurch bezahlt zu machen oder sich daran zu halten? Auffallend ist es wenigstens, daß die Gesetze von einem solchen, an der verpachteten Sache selbst auszuübenden Retentionsrecht gänzlich schweigen, da doch der Pachtcontract ein so wichtiger und gewöhnlicher ist und Fälle dieser Art häufig vorgekommen seyn müssen, während sie eines Rechtes des Pächters, wegen seiner Verwendungen sich an dem Pachtgelde zu halten, an einer Stelle ausdrücklich gedenken [2]). Indessen, die Wahrheit zu sagen, war er in diesem

---

[1]) L. 55. §. 1. D. Loc. Cond. | [2]) L. 61. pr. D. Loc. Cond.

sem Fall des Grundstücks schon entsetzt und konnte also daran kein Retentionsrecht weiter ausüben; man sieht nur soviel, daß die Selbsthülfe, wovon es sich hier handelt, auch an dem Pachtgelde möglich ist. Ueberhaupt sind alle diese Gründe zu schwach, als daß ich es wagen sollte, gegen den Strom zu schwimmen und dem Pächter das Retentionsrecht, was die Rechtsgelehrten ihm einmüthig beilegen, abzusprechen.

Wenn nun dem Pächter das Retentionsrecht an dem Grundstück im Allgemeinen zusteht, so kann die Frage entstehen, ob es ihm auch dann zusteht, wenn das Grundstück, weil es verkauft ist, ihm abgefordert wird. Es kann wohl keinen Zweifel leiden, daß die Beantwortung dieser Frage nur gegen den Pächter ausfallen kann. Muß er das Grundstück räumen, obgleich die Pachtzeit nicht beendigt ist, so muß er es auch wohl räumen, obgleich er unbezahlte Verwendungen darauf gemacht hat. Oder läßt es sich glauben, daß er wegen bloßer Nebenforderungen mehr Recht haben könne, als wegen der Hauptforderung? Er dürfte dem neuen Eigenthümer das Grundstück nicht vorenthalten, weil er ein durch den Contract erlangtes Recht hat, es zu benutzen, und dürfte es ihm vorenthalten, weil er ungeheißen Ausgaben darauf verwandt hat, wofür er sich auf diesem Wege durch Selbsthülfe Vergütung erzwingen will?

Ja, wäre es der Verkäufer, welcher das verpachtete Grundstück, weil er es verkauft hat, zurückforderte, stände diesem das jus expellendi zu, dann könnte man dem Pächter ein Retentionsrecht nicht gerade absprechen. Es würde ihm nicht blos wegen seiner Verwendungen, sondern sogar auch wegen der Entschädigung beigelegt werden müssen, die ihm dafür gebührt, daß der Contract nicht erfüllt ist und

er seine Zeit nicht auswohnen darf. Denn, auch dies ist eine Gegenforderung, die aus dem Contract entsteht und durch eine Klage aus dem Contract geltend gemacht werden kann. Es würde auch eben nicht widersprechend seyn, daß der Pächter genöthigt wäre, das Grundstück zurückzugeben, obgleich die Pachtzeit nicht beendigt ist, und daß er doch berechtigt wäre, es wegen Verwendungen u. s. w. dem Verpächter vorzuenthalten. Auch, wenn die Pachtzeit beendigt ist, ist er verbunden, das Grundstück zurückzugeben und dennoch darf er es wegen Verwendungen zurückbehalten, nämlich einstweilen, bis dahin, daß sie ihm vergütet sind. Warum sollte er also nicht auch berechtigt seyn, es zurückbehalten zu dürfen, wenn der Kauf die Miethe gebrochen hat, in der Voraussetzung, daß der Verpächter in Folge dessen berechtigt wäre, das Grundstück zurückzufordern, gerade so, als ob die Pachtzeit verstrichen sey. Der Umstand, daß die Sache verkauft ist, würde dann dem durch Zeitablauf beendigten Pachtverhältniß an die Seite zu setzen seyn.

Aber, der Pächter hat es hier mit dem Käufer zu thun und gegen diesen kann er so wenig wegen seiner Verwendungen, als aus sonst irgend einem Grunde ein Retentionsrecht ausüben. Nur von dem Verpächter hat er für seine Verwendungen Ersatz zu fordern; nur von dem Verpächter hat er Entschädigung wegen des gebrochenen Contracts zu begehren, und nur ihm, keinem Dritten, also auch namentlich nicht dem Käufer, kann er aus diesen Gründen, bis zu seiner Befriedigung, das Grundstück vorenthalten. So wie ihm gegen den Dritten, seiner Verwendungen wegen, keine Klage zusteht, kann er das, was er gegen ihn nicht auf dem Wege der Klage erzwingen konnte, auch nicht durch

eine Einrede erlangen. Ueberhaupt kann er dem neuen Eigenthümer keine Einreden entgegensetzen, die aus dem Pachtverhältniß hergenommen sind; wenn der Käufer die Räumung begehrt, muß er das Grundstück ohne Widerrede räumen, es sey denn, daß dieser Fall zu den ausgenommenen gehört.

§ 8.

Ausnahmen von der Regel: Kauf bricht Miethe.

Die Regel: Kauf bricht Miethe leidet nämlich mehrere Ausnahmen, von welchen jetzt gehandelt werden soll.

Einige derselben und die meisten sind darauf gerichtet, daß der neue Erwerber den Contract halten muß, den sein Vorgänger geschlossen hat, und diese schließen das jus expellendi folgeweise aus; eine aber setzt ein gesetzliches jus expellendi voraus, was dadurch allein nur ausgeschlossen werden soll.

Der Kauf bricht in folgenden Fällen nicht die Miethe:

1) wenn Fiscus fiscalische Grundstücke, welche verpachtet sind, verkauft; in diesem Fall kann der Pächter nicht vertrieben werden, der Käufer muß sich vielmehr, statt der Früchte, die ihm das Grundstück hervorgebracht haben würde, mit dem Pachtgelde begnügen; ne, heißt es in der hierher gehörigen Gesetzstelle, ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset, *atque si hoc ipsum in emendo convenisset* [1]).

2) wenn der Verkäufer von dem Käufer sich versprechen ließ, er wolle den Pächter wohnen

---

[1]) L. 50. D. de jure fisci.

lassen und ihm den Contract halten [2]). Dieser Nebenvertrag kömmt auch dem Pächter zu gute, zu dessen Besten er geschlossen ist, und sichert den Verkäufer gegen eine Ansprache auf Schadenersatz von Seiten des Pächters. Die Rechtsgelehrten nehmen jedoch an, nicht geradezu komme jener Vertrag dem Pächter zu gute; er selbst könne daraus weder klagen, noch eine Einrede hernehmen, sondern nur der Verkäufer; dieser müsse ihm seine Rechte abtreten, oder, wenn er verklagt wird, auf seine Aufforderung mit einer *exceptio pacti* zu seinem Beistande herbei eilen; kurz, der Verkäufer müsse den Pächter gegen den Käufer in seinen Schutz und unter seine Flügel nehmen [3]). Allein, ich glaube, daß es der Dazwischenkunft des Verkäufers, deren die Gesetze für diesen Fall nicht gedenken, in diesem Fall nicht bedürfe. Der Grundsatz des römischen Rechts: *alteri nemo stipulari potest,* leidet, schon selbst nach römischem Recht, in solchen Fällen eine Ausnahme, wenn ihm selbst daran gelegen ist, daß dem Dritten das Versprochene geleistet wird, weil er Vortheil beim Erfüllen oder Schaden beim Unterlassen hat; denn: si quis stipuletur alii, *quum ejus interesset,* placuit stipulationem valere *). Daraus folgt nun zwar noch nicht, daß der Dritte daraus Klage oder Einrede hernehmen könne; indessen lehren die Rechtsgelehrten, daß der Dritte in diesem Fall, da der Promissar ihm die actio directa cediren konnte, auch ohne das mit

---

[2]) L. 25. §. 1. Loc. Cond. L. 9. C. eod.

[3]) arg. §. 19. I. de inutil. stipulat. lehren dies. *Huber* Prael in Institut. h. t. § 11. *Lauterbach* collegium theor. pract. h. t. § 65.

*) § 19. J. cit.

einer actio *utilis* klagen könne [4]). Ueberhaupt sei jener Grundsatz bei uns nicht anwendbar [*]) und wenigstens in den Gerichten nicht angenommen [5]).

Es wird hiernach nicht gerade nothwendig sein, daß der Verkäufer den Pächter gegen den Käufer in seinen Schutz nehme; wiewohl es immer rathsam ist, daß der vom Käufer belangte Pächter den Verpächter zum Beistande auffordert.

Auch schon die bloße Erklärung des Verkäufers — das Grundstück sei verpachtet und die Pachtzeit noch nicht verstrichen — soll, den Rechtsgelehrten zufolge, machen, daß der Käufer, an den Pachtcontract gebunden, den Pächter nicht vertreiben darf und wenigstens, wenn er ihn vertreibt, daß er den Verkäufer, von dem der Pächter Entschädigung gefordert hat, wiederum entschädigen muß [6]).

Diese Ausnahme scheint keinen hinlänglichen Grund zu haben. Jene Erklärung läßt vielleicht in concreto, nach Bewandniß der jedesmaligen Umstände, auf manches, aber, nackt wie sie dasteht, läßt sie auf nichts, wenigstens auf nichts Bestimmtes schließen; nicht einmal auf eine Meinung des Verkäufers, daß der Pächter nicht vertrieben werden könne. Auf allen Fall würde uns eine solche Erklärung nicht berechtigen, das, was der Verkäufer etwa im Sinne gehabt hat und deutlich hätte erklären müssen, für erklärt und noch weniger, es für bewilligt anzunehmen.

---

4) Unter Berufung auf L. pen. C. ad exhib. L. 3. et 4. C. Si certum petatur. L. 37. § 3. D. de leg. 3. L. 26. pr. D. Depositi. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. 4. Auflage, § 89. S. 372.

*) Weber a. a. O.

5) *Mev.* P. 4. dec. 212. nr. 4 et 5.

6) *Cocceji* jus civ. h. t. qu. 21.

Ebensowenig glaube ich, der Käufer müsse den Pächter wohnen lassen, wenn bedungen ist, das Pachtgeld solle dem Käufer zu gute kommen. Zwar behaupten dies, unter Beziehung auf L. 59. §. 1. D. de usufructu, die Rechtsgelehrten. Es soll unter jener Verabredung der Vertrag, daß der Pächter vor Ablauf der Pachtzeit nicht vertrieben werden solle, verborgen liegen. Talis quoque lex adjecta, lehrt Lauterbach [7]) mit andern, et successor in locationem consensisse censetur, si hoc actum, *ut pensiones ad successorem pertineant.* Allein, darin kann ich den Rechtsgelehrten und unserm Lauterbach nicht beistimmen. Ich wüßte selbst nicht einmal, wie die Contrahenten dazu kommen sollten, eine solche Verabredung zu treffen und was namentlich den Verkäufer bewegen könnte, zu bedingen, die Pachtgelder sollten dem Käufer gehören, die ihm schon von selbst zufallen, wenn er den Pächter wohnen lassen will. Viel eher würde ich glauben, ein Vertrag der angeführten Art liege in einer entgegengesetzten Verabredung verborgen, nämlich, daß die Pachtgelder dem Verkäufer verbleiben sollen. Für einen so großen Zeitraum als dies bedungen ist, für einen eben so großen haben eo ipso Käufer und Verkäufer eingewilligt, daß die Pacht fortdauern und der Pächter wohnen bleiben solle. Dies war am Ende auch die Meinung des Paulus. Die Worte in der angeführten Stelle: *nisi specialiter sint exceptae (pensiones)* haben nicht den Sinn, den die Ausleger ihnen unterlegen; sie beziehen sich nicht auf den Nachfolger, sondern auf den

---

[7]) a. a. O.

Vorgänger. Für den Vorgänger sind die Pachtgelder ausgenommen; dem Verkäufer sind sie vorbehalten.

Hat der Käufer vollends gar selbst

3) mit dem Pächter sich vertragen, der Contract solle fortdauern, dann versteht es sich, daß er ihn seine Zeit auswohnen lassen muß [8]).

§. 9.

Fortsetzung. Verpfändung des Grundstückes mit *pactum de non alienando*; ob auch dadurch eine Ausnahme begründet wird?

Noch eine Ausnahme kommt in den Schriften der Rechtsgelehrten vor, die sie aber verschieden angeben und in Ansehung deren es zweifelhaft ist, ob sie vorhanden sey. Das gänzliche Schweigen des römischen Rechts über sie könnte dazu dienen, nicht sowohl die Ausnahme, als die Regel, verdächtig zu machen; denn diese Ausnahme setzt ein jus expellendi voraus.

Nach der Lehre des Anton Faber [1]) würde von jener Regel der Fall auszunehmen seyn, wenn der Pächter oder Miethsmann zur Sicherheit der Erfüllung der Contractsverbindlichkeiten sich eine Hypothek am Grundstück vom Verpächter oder Vermiether bestellen ließ. Es ist nicht einmal nöthig, lehrt Anton Faber, daß der Verpächter das Grundstück besonders verpfändet hat; es genügt schon, wenn es in der allgemeinen Verpfändung begriffen ist. In

[8]) Der Schluß von L. 9. C. de locat. et cond. wird auf diesen Fall bezogen, der sich freilich auch schon von selbst versteht.

[1]) Err. pragm. dec. 24. err. 7.

dem einen Fall, wie im andern muß der Pächter oder Miethsmann, wegen des ihm zustehenden dinglichen Rechts an der Sache, geschützt werden und hat nicht nöthig, dem neuen Eigenthümer zu weichen. Die Natur des Pachtcontracts bringt es mit sich, fährt Anton Faber fort, daß der Verpächter nicht verbunden ist, zum Besten des Pächters etwas zu thun. Seine Verbindlichkeit besteht *in patiendo*; er muß es dulden, daß der Pächter das Grundstück benutzt, es benutzt, wie es der Contract mit sich bringt, die Früchte davon zieht u. s. w. Hätte der Verpächter sich verbindlich gemacht, etwas zu thun, so könnte man vermöge L. 13. § 1. D. de re jud. wohl behaupten, daß an die Stelle der ursprünglichen Verbindlichkeit die andere Verbindlichkeit tritt, den Pächter zu entschädigen. Hier aber, wo seine Verbindlichkeit in patiendo besteht, steht es ihm nicht frei, sich von dieser negativen Verbindlichkeit durch Entschädigung frei zu machen. Er muß den Contract, wie er eingegangen ist, erfüllen, und diese Verbindlichkeit geht in dem Fall auch auf den neuen Erwerber und successor singularis über, wenn die Sache, zur Sicherheit der Erfüllung der Contractsverbindlichkeiten, mit einem Pfandrecht behaftet ist, als welches die Sache selbst ergreift, in wessen Händen sie sich auch befinden mag. Dies ist etwa der Ideengang des Anton Faber.

Allein, diese Meinung des großen Mannes hat den Beifall der Rechtsgelehrten nicht gefunden, und obwohl dies eben nichts beweist, können wir doch diesmal unbedenklich hinzusetzen, sie hat ihn auch nicht verdient. Die Rechtsgelehrten lehren vielmehr, nicht die bloße, zur Sicherheit der Erfüllung der Contractsverbindlichkeiten bestellte, Hypothek sichert dem Pächter den ruhigen Besitz des gepachteten Grund-

stücks, sondern diese Wirkung hat sie nur dann, wenn ein *pactum de non alienando* damit verbunden wird, wenn, unter specieller Verpfändung des Grundstücks, der Verpächter sich verbindlich gemacht hat, das Grundstück während der Pachtzeit nicht veräußern zu wollen. Diese Meinung hegen unter andern Lauterbach [2]) und Wernher [3]); sie scheint alt zu seyn; denn Anton Faber, dessen Meinung sie bestreiten, bestreitet, ohne sie selbst zu bestreiten, die ihrige; jetzt kann sie als die siegreiche und gangbare angesehen werden [4]).

Wenn der Verpächter, zur Sicherheit der Erfüllung der Contractsverbindlichkeiten, das Grundstück bloß verpfändet hat und nun das verpfändete verkauft — so kann der Pächter, vermöge des ihm bestellten Pfandrechts, dem neuen Eigenthümer die Herausgabe der Sache nicht verweigern, sondern er kann bloß sagen, ich weiche nicht, bis ich entschädigt bin. Gegen den Verpächter selbst, wenn dieser das Grundstück zurückfordern wollte, schützt ihn der Vertrag; das Pfandrecht aber, er mag es geltend machen, gegen wen er will, kann bloß zur Bedeckung einer Schadensforderung dienen. Könnte wohl der Pächter zu dem Verpächter, der das Grundstück zurückfordert, statt ihm den Einwand entgegenzusetzen, die Sache ist mir verpachtet,

---

2) Coll. theor. pract. h. t. §. 62.

3) obs. for. tom. 7. obs. 227.

4) *Hellfeld* jurispr. for §. 1063. Schmidt von Klagen und Einreden §. 1005. Weber Erläut. der *n*. §. 1063. Höpfner Com §. 890. Note. 4. *Günther* princ. jur. rom. §. 991. *Hofacker* princ. jur. rom 3. §. 1984. Mit An. Faber hält es nur Westphal vom Kauf §. 1028 J. H. Böhmer findet es bloß sicherer, wenn der Pächter, statt der bloßen Hypothek, durch ein pactum de non alienando sich vorsieht. *I. H. Boehmer* introd. in jus. Dig. tit. de locat. et cond. § 34.

sagen, ich weiche nicht, das Grundstück ist mir **verpfändet**? Ebensowenig kann er dem neuen Erwerber einen solchen Einwand entgegensetzen. Das Pfandrecht, was ihm zusteht, setzt voraus, daß der Contract gebrochen ist und bezieht sich auf die Schadensforderung, die ihm wegen Nichterfüllung des Contracts gegen den Verpächter zusteht. Daß das Pfand zur Bedeckung einer andern Forderung, als einer Geldforderung dienen könne, scheint mir unrömisch und gegen die Natur eines Rechts zu seyn, was durch den Verkauf des Objects geltend gemacht wird [5]).

Wenn aber das Grundstück nicht bloß zur Sicherheit der Erfüllung der Contractsverbindlichkeiten verpfändet, sondern mit der Verpfändung ein pactum de non alienando verbunden ist, dann verhält sich die Sache anders. Zwar, an sich könnte auch ein solches Pactum keine Aenderung hervorbringen; es ist doch nur ein gewöhnlicher Vertrag, welcher, in seinen Wirkungen auf die Personen der Contrahenten beschränkt, wenn er gebrochen wird, bloß den wortbrüchigen Contrahenten zur Entschädigung verpflichtet [6]). Allein, es kommt hier ein besonderer Umstand in Betrachtung. Nach Grundsätzen des römischen Rechts kann ein solcher Vertrag, wenn er mit der Bestellung eines Pfandrechts verbunden wird, gar nicht übertreten werden. Denn

---

[5]) Daß der Pächter, der sich bloß eine Hypothek bestellen ließ, nur id, quod interest, fordern könne, und wenn er dies erhält, weichen müsse, lehren, unter Beziehung auf L. 16. § 3. D. de pign. L. 6. §. 1. L. 12. §. 1. D. quibus modis pignus solv. **Franzke** (Com. in libros XXI priores Dig. tit de locat. et cond. n 239. sq.) **Lauterbach** (Collegium theor. pract. h. tit §. 63.) **Wernher** (observat. for. pars 7. obs. 227.) **Malblank** (princ. jur. rom. §558.).

[6]) L. 75. D. de contrah. emt. L. 21. §. 4. D. de act. emt. et vend.

eine Veräußerung dieser Art ist, den römischen Gesetzen zufolge, ungültig [7]) und folglich als gar nicht geschehen zu betrachten [8]). Dies entscheidet. Nun kann der Pächter ganz ruhig seyn. Ist ja eine Veräußerung geschehen, so bleibt sie ohne Folgen. Der neue Erwerber hat keine Rechte erlangt, die er gegen ihn geltend machen könnte, der Veräußerer ist Eigenthümer und Besitzer und sein Verpächter geblieben. Der Rechtssatz selbst stimmt mit sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts nicht wohl überein; denn, wie kann der bloße Umstand, daß jener Vertrag, jenes pactum de non alienando, in Gesellschaft der Verpfändung erscheint, ihm eine Kraft mittheilen, die er an sich selbst nicht hat? Kein Wunder daher, daß die Ausleger, theils durch Veränderung der Lesart, theils durch sehr gekünstelte Erklärungen, einen anderen und sogar den entgegengesetzten Sinn unterzuschieben gesucht haben. Diese Versuche mußten jedoch an dem ganzen Zusammenhange und den klaren Worten einer Stelle scheitern, die diesmal nicht verdrehbar war.

---

[7]) *L. 7. §. 2. D. de distract. pign.* Quaeritur si pactum sit a creditore, *ne liceat debitori hypothecam vendere, vel pignus*, quid juris sit: et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita: ideoque veniri possit? Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.

[8]) Anton Faber würde dies ohne Zweifel selbst gesehen haben, hätte ihn nicht seine besondere Ansicht über den Sinn jener Stelle, deren Text nach seiner Meinung verderbt ist, daran verhindert. Err. pragm. dec. 87. error 2. Wirklich las man auch zur Zeit des Bartolus in einigen Manuscripten: *nullam esse conventionem, ut venditioni stetur.* Eine andere sehr gekünstelte Erklärung, die, mit Beibehaltung der gewöhnlichen Lesart, auf denselben Sinn führt, stellt Hortensius auf (ad §. 1. I. quibus alienare licet). Dagegen Franzke (Com. in XXI. libros Pand. tit. de distract. pign. no. 10. sq.)

Indessen, so wenig der Rechtssatz selbst bezweifelt werden kann, den die Stelle deutlich enthält, regen sich noch einige Zweifel bei mir, ob gerade hier davon Gebrauch zu machen sey. Denn sie sagt doch nur, der Verkauf sey ungültig, welcher gegen das eingegangene pactum de non alienando eingegangen wird. Was vom Verkauf gilt, den der Rechtsgelehrte sich zum Beispiel erwählte, dasselbe gilt ohne Zweifel von anderen auf Veräußerung gerichteten Verträgen. Gilt es aber auch in Beziehung auf die Uebergabe und den Erwerb des Eigenthums? Kann der bloße Umstand, daß der Verkauf nicht gilt, machen, daß durch die Uebergabe, die in Folge dieses Verkaufs geschieht, das Eigenthum nicht übergeht? — Allein, wenn gleich sonst zum Uebergang des Eigenthums durch Tradition der Regel nach nicht nothwendig erforderlich ist, daß das vorhergehende Rechtsgeschäft gültig sey, so scheint doch dieser Satz hier keine Anwendung zu finden. Die Meinung des römischen Rechtsgelehrten kann wohl keine andere gewesen seyn, als daß nicht bloß das auf Veräußerung gerichtete Geschäft, von welcher Art es gerade seyn mag, sondern die Veräußerung überhaupt ungültig seyn soll. Denn mit der bloßen Ungültigkeit des Vertrags, wenn, ungeachtet derselben, die nachfolgende Uebergabe gültig wäre und der neue Erwerber zum Eigenthum gelangte, könnte dem Gläubiger wenig gedient seyn. Vielmehr ist ihm, als einem Dritten, mehr an den Folgen, als an der Sache selbst gelegen. Ueberdies haben, der Voraussetzung zufolge, die Contrahenten ihre Verabredung nicht gerade auf das Rechtsgeschäft beschränkt, welches auf Veräußerung gerichtet ist; sie haben — so lautete ja die Ausnahme — ein pactum de non *alienando* errichtet; sie haben gewollt, daß die Veräußerung unterbleiben solle.

Die Ausnahme wäre also gegründet. Man könnte aber sagen, es sey keine wahre Ausnahme, sondern eine Vorsichtsmaßregel, die aus dem Pfandrecht entlehnt, von unsern Rechtsgelehrten, nicht von den römischen, dem Pächter an die Hand gegeben wird, um die Veräußerung, und damit zugleich das jus expellendi, unmöglich zu machen. Eine wahre Ausnahme würde voraussetzen, daß die Veräußerung gültig geschehen ist und von dem jus expellendi an sich wohl die Rede seyn könnte. Und gegen dergleichen Ausstellungen würde wenig zu erinnern seyn.

§ 10.

Von den Klagen, wodurch der besondre Nachfolger gegen den Pächter das *jus expellendi* geltend macht. Meinungen der Rechtsgelehrten.

Was die Klagen betrifft, deren sich der besondere Nachfolger bedienen kann, um den Pächter, welcher nicht weichen will, aus dem Grundstücke zu vertreiben, so haben die Rechtsgelehrten den besonderen Nachfolger so reichlich mit Klagen ausgestattet, daß man wohl sagen kann, sie gehen in diesem Fall gegen ihren Günstling ordentlich verschwenderisch zu Werke. Nicht nur kann, ihnen zufolge, der neue Erwerber 1) gegen den Veräußerer auf Einräumung einer *vacua possessio,* sondern er kann auch 2) unmittelbar gegen den Pächter auf Räumung klagen, entweder a) *ex jure cesso* seines Vorgängers oder b) kraft eigenen Rechts. In dieser letztern Beziehung stehen ihm wieder eine Menge von Klagen zu; er kann nämlich 1) klagen mit dem

interdicto de vi, oder, statt dessen, nach canonischem Recht, mit der Spolienklage; er kann 2) klagen besonders mit der Vindication, ferner 3) mit der *actio in rem publiciana*, nicht weniger 4) mit der *condictio sine causa*, endlich 5) sogar mit der *condictio ex lege* [1]). Welch eine Menge von Mitteln für denselben Zweck! Ich fürchte sehr, wenn wir die Sache näher betrachten, daß von allen diesen Klagen am Ende wenige übrig bleiben werden. Aber, was übrig bleibt, wird, hoffe ich, völlig ausreichen; der Käufer wird nicht durch Schwierigkeit der Auswahl in Verlegenheit gesetzt werden, und das vereinfachte Rechtssystem nur um so besser sich darstellen.

Gehen wir jene Klagen der Reihe nach durch:

1) das *Interdictum de vi*. Dies findet gegen den Pächter Statt, wenn er dem Verpächter, Handlungen des Besitzes vorzunehmen, widerrechtlich verwehrt, steht aber, wie wir gehört haben, nicht dem Käufer zu, sondern dem Verkäufer, von dem er das Grundstück gepachtet und den er des Besitzes beraubt hat. Der Käufer kann es daher nicht anstellen, es sey denn im Auftrage des Verkäufers, oder, wenn er selbst, nach der Besitzergreifung, des Besitzes entsetzt ist. — Die Spolienklage können wir hier billig mit Stillschweigen übergehen. Ist sie doch nichts, als das alte ehrliche interdictum de vi, mit einem neuen Namen.

2. Die Vindication. Diese könnte der Käufer vor

---

1) Ayrer de genere actionis adversus conductorem cedere nolentem (in ejus opusculis tom. 1. no b.) Schmidt von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1004. *Hellfeld.* jurispr. for. §. 1062. Weber Beiträge zur Lehre von Klagen und Einreden, 2 und 3 Stück S. 99. folg. Derselbe Erläuterung der *H.* Theil 1. S. 535. 536.

der Tradition ex jure cesso des Verkäufers anstellen; er könnte sich das Rechtsmittel von dem Verkäufer cediren lassen und dann als dessen Cessionar klagen. Aber, was würde ihm das helfen? Als Cessionar würde er nicht mehr Rechte haben, als der Verkäufer. Er würde sich gefallen lassen müssen, daß der Pächter ihm dieselben Einreden entgegensetzte, wie dem Verpächter, daß er namentlich sich mit der exceptio pacti, also mit dem Einwande schützte, wie er die Sache gepachtet habe und die Pachtzeit noch nicht beendigt sey. Nur dann würde er mit Erfolg ex jure cesso klagen können, nicht blos mit der Vindication, sondern auch mit der actio locati, wenn etwa durch einen Nebenvertrag bedungen wäre, daß mit dem Verkauf die Pachtung beendigt seyn solle [2]).

Wenn die Rechtsgelehrten dem Käufer die Vindication beilegen, so haben sie, hauptsächlich wenigstens, den Fall im Sinne, da er sie kraft eigenen Rechts anstellt. Daß dem Käufer diese Klage zustehe, finden sie unbedenklich. Allein, es sind hier nur zwei Fälle möglich. Entweder ist der Käufer noch nicht zum Besitz gelangt; — dann ist er auch nicht Eigenthümer geworden; er kann also mit einer Klage nicht auftreten, die ein bereits erworbenes Eigenthum voraussetzt und aus einem bereits erworbenen Eigenthum entspringt. Oder, er ist bereits zum Besitz gelangt; — dann bedarf er der Vindication nicht. Ja, sie steht ihm gar nicht zu; denn bekanntlich steht diese Klage, gleich andern dinglichen Klagen, nur demjenigen zu, welcher nicht besitzt, gegen denjenigen, welcher im Besitz sich befindet. Ein Eigenthümer kann ohne Zweifel eine Sache gegen denjenigen nicht mit der Vindica-

[2]) Weber Erläuterung der π. Theil 1. § 1062.

tion verfolgen, der sie in seinem Namen nur besitzt (nämlich in praesenti), wieviel weniger wird der Käufer das Grundstück von einem Pächter vindiciren können, welcher, seit der Kläger zum Besitz gelangte, nicht einmal mehr als Inhaber angesehen werden kann. Wer ohne Uebergabe Eigenthümer wird, würde freilich auch, schon ehe er zum Besitz gelangte, sich der Vindication bedienen können. Belangte er den Pächter, als den Inhaber, so würde dieser genöthigt seyn, ihn an den Auctor zu verweisen. Nur, wenn dieser sich selbst in den Besitz gesetzt und ihn oder den Verpächter des Besitzes beraubt hätte, nur dann würde der Pächter, als der nun in eigenem Namen besitzt, mit Erfolg von ihm belangt werden können. Nur unter besondern Umständen würde der Käufer sich der Vindication bedienen können, nämlich, wenn der Pächter ihn, nachdem er bereits zum Besitz gelangt war, des Besitzes beraubt und sich in den Besitz gesetzt hätte.

3) Von der Publiciana, bei welcher im Allgemeinen alles eben so ist, wie bei der Vindication, wird es nicht nöthig seyn, besonders zu reden.

Nun kommt

4) Die *Condictio sine causa* an die Reihe. Du lieber Himmel, wie war es nur möglich, daß die Rechtsgelehrten dieser hier erwähnen konnten! Vielleicht hat man gedacht, der Pächter, welcher dem besondern Nachfolger die Sache vorenthält, da er doch, den Gesetzen zufolge, verbunden wäre, ihm zu weichen, besitze die Sache *absque justa causa*, folglich könne er mit der condictio sine causa belangt werden. So lehrt Marcian [3]): jure gentium condici

[3]) L. 25. D. de act rerum amotarum.

dici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident, und besonders in Beziehung auf die condictio sine causa lehrt **Ulpianus**[4]) Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam. Daß der Pächter gleich anfangs sine causa die Sache inne gehabt habe, wird Niemand behaupten; er könnte also erst in der Folge, nämlich nach dem Verkauf u. s. w. angefangen haben, sine causa sie zu besitzen. In solchen Fällen findet zwar die condictio sine causa Statt, aber alle hierher gehörigen Stellen reden von Fällen, da der Besitzer eine Sache zum Eigenthum empfangen, die er, bei veränderten Umständen, nun sine causa besitzt und, der Billigkeit wegen, dem vormaligen Eigenthümer zurückgeben muß. Ueberhaupt findet die condictio sine causa nur Statt, wenn Jemand ohne anfänglichen oder fortdauernden Rechtsgrund eine Sache — ein Individuum oder eine Quantität — **von dem Kläger** besitzt, die er ihm nun zurückgeben soll. **Hellfeld**[5]) selbst, der dem besondern Nachfolger die condictio sine causa einräumt, bestimmt ja den Begriff dieser Klage — und wie ich glaube, völlig richtig — auf folgende Art:

Condictio sine causa est, quando rem ab eo repetimus, qui illam *ab actore acceptam* absque omni tenet causa.

Ueberhaupt setzt eine Condiction ein Obligationsverhältniß zwischen dem Kläger und Beklagten voraus. Es findet keine Condiction Statt, als gegen denjenigen, der gegen uns durch Contract, Verbrechen oder eine von den Gesetzen anerkannte Billigkeit **zu etwas verpflichtet ist**. Nun aber

---

4) L. 1. § 3. de cond. sine causa.

5) Jurisprudentia forensis § 836.

hat der Pächter, wenn er gleich dem neuen Erwerber nach Rechtsgrundsätzen weichen muß, im System des römischen Rechts unmittelbar gegen ihn nicht die geringste Verbindlichkeit. Er steht zu dem besondern Nachfolger in gar keinem Rechtsverhältniß; er ist vielmehr eine ihm ganz fremde Person. Er ist nicht verpflichtet, ihm die Sache zu geben, um ihn zum Eigenthümer zu machen oder wieder zu machen — worauf die Condictionen gerichtet sind und was zu ihrem Wesen gehört — sondern er ist aus dem Contract verbunden, die Sache seinem Verpächter, von welchem er sie empfing, zurückzustellen.

Vollends ist es gar nicht zu ertragen, wenn die Rechtsgelehrten dingliche Klagen, wie die rei vindicatio und die actio in rem publiciana mit der condictio sine causa paaren und sie dem neuen Erwerber gegen den Pächter nebeneinander beilegen. Es ist gar nicht möglich, daß einer, welcher mit der rei vindicatio klagen kann, zugleich mit der condictio sine causa klagen könnte. Ein Eigenthümer kann, nach Grundsätzen des römischen Rechts, seine Sache nicht condiciren, es sey denn mit der condictio furtiva gegen den Dieb und dessen Erben. Der Regel nach können die Condictionen — als welche auf ein *dare* oportere gerichtet sind [6]) — von keinem Eigenthümer angestellt werden [7]).

Den Beschluß macht

5. Die *condictio ex lege.* Die Sünde, diese Klage dem neuen Erwerber gegen den Pächter beigelegt zu haben, scheint auf Ayrer zu lasten. Hellfeld hat sich davon rein

---

6) § 15. J. de act.

7) L. ult. in fine D. Usufructuarius quemadmodum caveat.

erhalten; hingegen kann Weber nicht davon freigesprochen werden. Daß es wirklich eine Sünde sey, erhellt aus folgenden Gründen: a. Setzt auch namentlich die Condictio ex lege ein Obligationsverhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten voraus, woran es hier fehlt. b. Setzt die Klage weiter voraus, daß durch ein gewisses Gesetz eine neue gesetzliche Wahrheit eingeführt ist und ein Recht, wofür es keine Klage giebt [8]). An beidem fehlt es hier. Zuerst fehlt es an der lex nova; es wird nämlich in der lex Codicis kein neuer Rechtssatz aufgestellt, sondern nur eine alte, längst bekannte, aus dem System des römischen Rechts sich von selbst ergebende Wahrheit — die so, wie sie hier erscheint, nicht einmal ausreicht, das jus expellendi zu begründen — zur Anwendung gebracht. Zweitens ist das Recht, was hier durch die Condictio ex lege geltend gemacht werden soll, gar kein besondres Recht und am wenigsten ein solches, in Ansehung dessen man über eine Klage in Verlegenheit wäre, wie sich dies alles im folgenden weiter ergeben wird.

§ 11.

Meinung des Verfassers.

Die Art und Menge der Klagen, von denen wir gesehen haben, daß sie großen Theils hier nicht einmal möglich sind, erregen oder verstärken den Zweifel, ob es den Rechts-

---

8) *L. un. D. de cond. ex lege.* Si *obligatio* lege *nova* introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

gelehrten nicht in dieser ganzen Materie an einer völlig klaren Einsicht gefehlt habe. Es scheint fast so — und würde auch sehr verzeihlich seyn; wenigstens bin ich geneigt, dies zu glauben, ging es mir doch selbst früher nicht besser. Sobald man sie gewonnen hat, kann es nicht einen Augenblick zweifelhaft seyn, wie der Käufer sein jus expellendi geltend zu machen hat und welche Klagen ihn zu seinem Ziel führen.

Nach Grundsätzen des römischen Rechts darf der Käufer den Pächter aus dem Grundstück vertreiben. Doch muß er sich erst durch Uebergabe den Weg dazu bahnen. Er fordert also von seinem Vorgänger aus dem Contract, den er mit ihm geschlossen hat — oder dem ähnlichen Verhältniß, worin er zu ihm steht — daß er ihm die Sache überliefere und, wenn es Noth thut, klagt er deshalb. Eine vacua possessio in dem Sinn, daß kein bloßer Inhaber die Sache unter sich hat, ist zur Tradition nicht erforderlich [1]). Die Ueberlieferung kann geschehen, ungeachtet ein Pächter das Grundstück unter sich hat, und sie geschieht ganz auf die gewöhnliche Art. Der Verkäufer übergiebt das Grundstück dem Käufer mit dem langen Arm; — oder, er führt ihn auf das Grundstück; — oder, statt ihn selbst auf das Grundstück zu führen, schickt er ihn in den Besitz, d. h. er erlaubt ihm, Besitz zu ergreifen. Der Pächter — der die Sache, nach römischer Vorstellungsart, nicht sowohl in seiner Gewalt hat, als vielmehr auf dem Grundstück anwesend ist — dieser Pächter darf die Uebergabe nicht hindern. Die Anwesenheit desselben auf dem Grundstück legt der Uebergabe *de jure* kein Hinderniß in den Weg; wenn, nach dem Willen des Ver-

---

[1]) *Hahn* ad *Wesembecii* Com tit. de contrah. emt. p. 625.

käufers, der Käufer den Besitz des Grundstücks ergreifen und es zu diesem Ende betreten will, darf er sich nicht widersetzen. Widersetzt er sich, so ist es Sache des Verkäufers, ihn zur Aufgebung seines Widerstandes zu nöthigen. Er kann dies namentlich dadurch möglich machen, daß er über Besitzentsetzung klagt — als wofür die verhinderte Besitzübertragung, und namentlich das non admittere des in den Besitz geschickten Käufers, anzusehen ist — und den Pächter mit Hülfe des *interdicti de vi* aus dem angemaßten Besitz verdrängt. Sobald der Käufer zum Besitz gelangt ist, wozu durch die missio in possessionem nur der Anfang gemacht ist, ist die Uebergabe vollendet — und damit der erste Actus beendigt.

Jetzt ist es um den Pächter geschehen. Wider Willen des neuen Erwerbers ist seines Bleibens auf dem Grundstück länger nicht. Bliebe der Pächter, nach der — freiwilligen oder erzwungenen — Uebergabe, noch auf dem Grundstück und wollte gutwillig nicht weichen, so geht eine zweite Handlung in diesem Schauspiel an. Der Verkäufer ist vom Schauplatz abgetreten und es erhebt sich ein Kampf zwischen dem Käufer und dem Pächter. Der Käufer und jetzige Besitzer sucht ihn, wie sehr er sich sträuben mag, wie einen überlästigen Gast, mit Hülfe des interdicti: uti possidetis aus dem Grundstück zu entfernen. Er hat nicht nöthig, sich zu diesem Ende der Vindication oder der Publiciana zu bedienen, ja es kann davon überall nicht die Rede seyn. Wäre aber die Handlung des Pächters als eine solche anzusehen, wodurch er des Besitzes entsetzt würde, — nun dann würde er sich des interdicti de vi oder der Spolienklage gegen ihn bedienen können; und dann freilich könnte er auch Klagen, die das Eigenthum schützen, wenn er sich

selbst schaden wollte, anstellen und ihnen vor jenen den Vorzug geben. Und der Pächter kann in allen diesen Fällen nicht einwenden: „die Sache ist mir verpachtet und ich habe ein „Recht in Ansehung dieser Sache, vermöge dessen ich hier „wohnen und sie benutzen darf; ich habe dich folglich nicht „widerrechtlich im Besitz gestört, noch dich des Besitzes widerrechtlich entsetzt;" u. s. w. Denn jener Vertrag ist mit einem Dritten geschlossen und dieses Recht ein persönliches, welches dem dinglichen weichen muß.

Dies sind die Fälle, da der Käufer unmittelbar mit dem Pächter zu thun hat; dies ist das jus expellendi. Es ist zwar ein eignes Recht des Käufers, jedoch kein besondres Recht, sondern eine bloße Aeußerung der erlangten Herrschaft und Gewalt über die Sache und zwar eine ganz gewöhnliche, wie sie gegen jeden andern, der sich die Sache widerrechtlich anmaßte, früher und auch später und immer ganz auf dieselbe Art sich äußern würde. Ein besondres Recht würde das jus expellendi nur dann seyn, wenn der Pächter den Besitz des Grundstücks an den neuen Erwerber abzutreten genöthigt würde, wenn dieser schon vor der Tradition, schon in Folge des bloßen Kaufs, kraft eignen Rechts ihn des Besitzes entsetzen und ihn sich beilegen könnte. So müßte man sich, nach dem Ausdruck, die Sache denken, aber, so ist sie nicht und so kann sie nicht seyn. Den Besitz empfängt der neue Erwerber von seinem Vorgänger; — wie in die Sache, folgt er diesem auch in den Besitz nach — jedoch nicht ipso jure, sondern vermöge seiner hierauf gerichteten und hierzu tauglichen Handlung. —

Alles dieses gilt auch in solchen Fällen, wo es nicht der Uebergabe bedarf, um zum Eigenthum zu gelangen. Der

Legatar z. B. muß den Besitz erst ergreifen, wenn er ihn haben will, und dies kann eigenmächtig nicht geschehen, sondern er muß sich an den Erben wenden und nöthigenfalls deshalb Klage erheben. Er klagt also deshalb mit der persönlichen Klage aus dem Testament (oder anderer Art von letztem Willen) gegen den Erben, daß er die vermachte körperliche Sache an ihn ausliefere. Unmittelbar gegen den Pächter kann er nicht klagen; er steht mit ihm in keinem Obligationsverhältniß, und wollte er sich der Vindication, die ihm gegen den Besitzer zusteht, gegen den bloßen Inhaber bedienen, so würde der bloße Inhaber ihn an seinen Auctor verweisen und auch verweisen müssen. Gelangte er auf die eine oder andere Art zum Besitz, so würde auch er, wenn er im Besitz gestört oder des Besitzes entsetzt ward, ein eben solches jus expellendi, wie der Käufer, gegen den Pächter ausüben können. Kurz, der ganze Unterschied zwischen ihm und dem Käufer — hier besteht er nur darin, daß, wenn der Pächter sich der Rückgabe an den Verpächter weigerte und dieser als des Besitzes entsetzt anzusehen wäre, daß dann der Legatar auch mit der Vindication und der Publiciana gegen den Pächter klagen könnte, der nun, nicht mehr bloßer Inhaber, in eigenem Namen besitzen würde

§ 12.

Zweifel gegen den Grundsatz: Kauf bricht Miethe.

Ehe ich schließe, will ich die wichtigsten Zweifel, die sich gegen den Grundsatz: Kauf bricht Miethe, etwa erregen lassen oder regen, hier zusammenstellen und sie also vortra-

gen, als ob ich dem Pächter zum Anwalt bestellt wäre; — um sie im folgenden § desto wirksamer zu widerlegen, damit der Grundsatz selbst desto besser befestigt und gegen künftige Angriffe, die auf ihn etwa gemacht werden mögten, sicher gestellt werde.

1) Wenn wir zuvörderst die römischen Ideen bei Seite setzen, wird der Pächter bei seinem Besitz immer gesichert seyn. Der Verpächter wird nicht im Stande seyn, gegen den Vertrag zu handeln und ein Recht, was er selbst nicht hat, nämlich, die Sache vor der Zeit zurückzufordern, auf keinen andern übertragen können. Aber auch nach römischem Recht scheint der Pächter nicht vor der Zeit aus dem Grundstück vertrieben werden zu können. Der Pachtcontract selbst kann freilich auf den besondern Nachfolger nicht übergehen; er hat dem Pächter nichts versprochen; der Pächter sich gegen ihn zu nichts verbindlich gemacht. Vielmehr bleibt der bisherige Eigenthümer der Verpflichtete und Berechtigte. Ist dem Pächter das verpachtete Grundstück noch nicht eingegeben, so kann er freilich mit seinem blos persönlichen Recht von dem Käufer, dem das Grundstück übergeben ist, ebensowenig die Erfüllung des Contracts, als die Herausgabe des Grundstücks begehren; ihm bleibt, nach dem System des römischen Rechts, nichts weiter übrig, als auf seinen Verpächter zurückzugehen und von diesem Entschädigung dafür zu verlangen, daß er den Contract nicht erfüllt hat. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn er im Besitz ist und der Käufer soll erst zum Besitz gelangen. Dieser hat kein Mittel in Händen, ihm den Besitz zu entziehen; er kann es weder unmittelbar, noch mittelbar, durch den Verkäufer. Er kann den Verkäufer nicht nöthigen zu dem, was diesem unmöglich ist. So geht auch von zweien, welche dieselbe Sache

erkauft haben, derjenige, dem sie zuerst überliefert ist, demjenigen vor, der sie — wenn auch früher — blos erkauft hat [1]), und sie kann ihm nicht entzogen werden, weder von dem zweiten Käufer, der sie von ihm nicht zu fordern hat, noch von dem Verkäufer, dem sie nicht mehr gehört.

2) Alle hierher gehörigen Stellen lassen sich auf die natürlichste Art von der Welt erklären, ohne daß man nöthig hat, dem Verkäufer oder dem Käufer oder beiden so außerordentliche Rechte beizulegen, als da sind, den Pächter aus dem Besitz und der Benutzung eines Grundstückes zu verdrängen, was er auf die rechtmäßigste Art von der Welt inne hat. Oder hätte wirklich das Gesetz diesmal das Unrecht gegen das Recht in Schutz genommen? Berechtigen uns folgende Stellen, so etwas zu glauben?

a. *L. 9. C. Loc. Cond.*

Emtorem quidem fundi necesse non est, stare colono, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto: bonae fidei judicio ei, quod placuit, parere cogetur.

Dies ist, wie die Ausleger annehmen, die Hauptstelle. Der Satz, womit die Stelle anhebt:

Emtorem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit,

worauf die gemeine Theorie, als auf einer Hauptstütze, beruht, kann füglich von dem Fall verstanden werden, da nur erst ein Pachtcontract errichtet, die Sache dem Pächter aber noch nicht eingegeben ist. Wenn jemand seine Sache ver-

---

[1]) L. 15. C. de rei vind.

pachtet und sie dann verkauft und dem Pächter übergiebt, dann hat der jetzige Eigenthümer freilich nicht nöthig, dem Pächter den Contract, den sein Vorgänger geschlossen, zu erfüllen, *nisi ea lege emit.*

Wie schön stimmen hiermit nicht die gebrauchten Worte überein: *stare colono?* Der Käufer hat nicht nöthig, dem Pächter Stand zu halten, wenn er ihn in Anspruche nimmt, welches also voraussetzt, daß dieser gegen ihn auftritt, von ihm etwas begehrt, nämlich, daß er den Contract durch Hingabe der Sache erfülle. Man könnte einwenden, *colonus* sey ein Pächter und Niemand könne Pächter genannt werden, als der das Grundstück wirklich inne hat und bebaut; indessen so haarscharf wird es mit diesem, der Kürze wegen gebrauchten, Ausdruck wohl nicht genommen seyn.

b. *L.* 25. § 1. *D. Loc. Cond.*

Qui fundum fruendum, vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui, et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

Auch diese Stelle läßt sich von solchen Fällen verstehen, da das Grundstück dem Pächter vom Verkäufer noch nicht eingegeben ist. Will der Käufer und jetzige neue Eigenthümer dem Pächter nicht erlauben, das Grundstück zu bebauen, so klagt er gegen den Verpächter aus dem nicht erfüllten Contract auf Entschädigung. Prohibitus is (colonus) aget cum eo ex conducto.

3) Es giebt eine Stelle des Paulus im Titel der

Pandecten de usufructu, die hier besonders merkwürdig zu seyn scheint.

L. 59. § 1. *D. de usufructu.*

Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet: pensiones quoque jam antea locatorum agrorum, si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere.

Nach dieser Stelle darf auch der Usufructuar, nach dem Beispiel des Käufers, den Pächter — vertreiben? nein zurücktreiben. Repellere sagt Paulus. Dies kleine Wörtchen *repellere* scheint hier von großem Gewicht zu seyn. Repellere und expellere sind sehr verschieden. Das *Repellere* deutet an, daß der Käufer, nachdem er zum Besitz gelangt ist, nicht nöthig habe, dem Verlangen des Pächters, dem das Grundstück blos verpachtet und noch nicht übergeben war und der von ihm die Auslieferung desselben begehrt, Gehör zu geben. Könnte aber der Käufer den Pächter auch aus dem ihm schon zur Benutzung eingegebenen Grundstück vertreiben, dann würde Paulus nicht blos ein jus repellendi sondern auch expellendi dem Käufer und, nach seinem Beispiel, dem Usufructuar zugeschrieben haben; er hätte unmöglich blos des Ausdrucks: *repellere* sich bedienen können; hätte vielmehr *expellere* sagen und *repellere* etwa hinzufügen müssen, indem es an dem *expellere posse* genug war, als welches auf das *repellere posse* mit Sicherheit schließen läßt; — denn wer Jemanden aus dem Hause werfen kann, kann ihn ohne Zweifel auch hindern, hineinzukommen; — während sich der Satz nicht umkehren läßt.

4) Dem Faß scheint folgende Stelle den Boden auszuschlagen.

Kaiser Antoninus schreibt an die Callimorphonia. Beruhige dich; wider Deinen Willen darfst Du aus der gemietheten Wohnung nicht vertrieben werden, es sey denn 1), daß der Eigenthümer sie nothwendig selbst bedarf oder 2) sie ausbessern will oder 3) Du übel damit haushältst. Die Rechtsgrundsätze, zu deren Aufstellung diese Anfrage Gelegenheit gab, sind, wie die Stelle, sehr bekannt; aber es ist nöthig, sie vor Augen zu haben, um das Gewicht der Ausdrücke zu fühlen.

L. 3. C. de loc. et cond.

Aede, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versata es.

Also nur drei Gründe begründen ein Recht, den Miethsmann zu vertreiben; nur in dreien Fällen, und zwar nur in diesen drei angeführten, muß er entweichen; der geschehene Verkauf ist nicht unter diesen dreien Gründen. Dabei ist wohl zu bemerken, der Kaiser sagt nicht: Den Miethsmann kann der Vermiether nur in dreien Fällen vor der Zeit vertreiben, sondern er stellt hier den allgemeinen Satz auf: ein Miethsmann kann überhaupt nur in dreien Fällen vor der Zeit vertrieben werden, nämlich in den angeführten, worunter, wie gesagt, der Verkauf nicht ist. In allen nicht angeführten Fällen, darf die Analysis hinzufügen, kann er nicht vertrieben werden, weder von dem Vermiether, noch von sonst Jemanden, also

auch nicht von dem Käufer. Kein Mensch kann ihn, außer den angeführten Fällen, vertreiben. Das sagt der Kaiser nicht ausdrücklich; es liegt aber in seinen Worten.

Was den Vermächtnißnehmer — und zugleich alle diejenigen, die ohne Uebergabe zum Eigenthum gelangen, betrifft, so können auch sie, nach allgemeinen Grundsätzen, den Pächter nicht vertreiben und auch in Ansehung ihrer dürfte es schwer seyn, eine abweichende Bestimmung des römischen Rechts nachzuweisen. Zwar, der Einwand fällt bei ihnen weg, der dem Käufer im Wege steht, daß sein Recht gleichfalls nur ein persönliches ist; auch kann jener gar nicht anders zu der Sache und an den Pächter kommen, als durch das Medium des Verkäufers, der, wie es scheint, keine Mittel in Händen hat, dem Pächter das ihm eingegebene Pachtstück vor der Zeit zu entziehen, welches beim Legatar, wie es scheint, anders ist. Aber dingliches oder persönliches Recht, gleichviel. Dingliches und persönliches Recht sind doch am Ende bloße Namen; die Sache ist, daß ein Eigenthümer zuerst dem einen ein vorübergehendes Recht, das Grundstück, mit Ausschluß anderer, zu haben und zu benutzen, — das Pachtrecht — und dann einem andern ein dergleichen Recht von größerer Dauer — das Eigenthum — verliehen hat und daß jenes, als das ältere, früher ertheilte, dem später verliehenen vorgehen muß. Denn, stammt nicht das persönliche Recht, welches dem dinglichen weichen soll, von derselben Person her, von welcher das dingliche herstammt? War nicht dieses dingliche Recht in der Person des Verleihers eingeschränkt durch das persönliche Recht, durch das Recht der Benutzung, welches er dem Pächter früher eingeräumt hatte? Und konnte er ein besseres dingliches Recht verleihen, als er selbst hatte,

statt eines eingeschränkten, ein uneingeschränktes? Konnte der Erblasser dem Legatar eine Sache zum sofortigen Besitz und Genuß vermachen, wenn er diesen Besitz und Genuß bereits einem anderen eingeräumt hatte, dessen Zeit noch nicht verstrichen ist? Oder hat der Erbe Mittel in Händen, den Pächter zu nöthigen, die Sache zurück zu geben, so lange die Pachtzeit fortdauert? Auch der Legatar kann nicht unmittelbar zu der verpachteten Sache und an den Pächter gelangen, sondern nur durch den Erben. Bekanntlich steht es dem Legatar nicht zu, sich eigenmächtig in den Besitz der ihm vermachten Sache zu setzen, sondern der Erbe muß sie ihm ausliefern oder ihm, nachdem er die Erbschaft angetreten, wenigstens die Erlaubniß ertheilen, daß er selbst sich ihrer bemächtigen dürfe [2]). Kann nun wohl der Erbe

---

[2]) Nur wenn der Legatar mit Einwilligung des Erben die vermachte Species in Besitz genommen oder der Erbe seine Handlung gut geheißen hat, kann ihm das Genommene **nicht**, in andern Fällen kann es ihm, mit Hülfe des interdicti: quod legatorum, wieder abgefordert werden. L. 1 § 11. 12 14 D. quod legatorum Das Interdict setzt ohne Zweifel voraus, daß der Erbe **selbst** die Erbschaft noch nicht in Besitz genommen hatte; denn es ist adipiscendae possessionis. L 1. § 1. D eod. Die Rechtsgrundsätze indessen gelten ohne Zweifel auch in andern Fällen, nur daß in andern Fällen eine andere Klage Statt findet. L. 1. § 2. D. quod legatorum heißt es: Etenim aequissimum praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis. sed ab herede petere. Mit Recht bemerkt **Hellfeld** (jurispr. for. § 1525.) Minime legatarius rei legatae possessionem propria auctoritate occupare, sed exspectare debet, donec adita hereditate heres eam tradat. Contra eum, qui, *ante aditionem*, rei legatae possessioni se ingerit, *interdictum : quod legatorum, post aditionem*, *interdictum de vi locum habet.*

die Sache dem Legatar ausliefern, kann er ihm die Erlaubniß ertheilen, sie in Besitz zu nehmen, wenn sie verpachtet ist? Und hätte der Erbe das Letztere gethan, hat der Pächter vor Ablauf der Pachtzeit nöthig, die Besitznahme zu dulden? —

Sehen wir an, was die Gesetze enthalten. Es giebt meines Wissens, nur zwei Stellen, die davon handeln. Die erste Stelle beweist nichts für die gewöhnliche Theorie.

L. 32. D. Loc. Cond.

Qui fundum in plures annos locaverat, decessit; et eum fundum legavit: Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset: Quod si colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere, et hoc detrimentum ad heredem pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset, necdum tradidisset, alii legasset, heres ejus emptori et legatario esset obligatus.

Die Stelle kann füglich blos von dem Fall verstanden werden, da das Grundstück blos verpachtet, dem Pächter aber noch nicht eingegeben war. Julianus gedenkt blos der Verpachtung, ohne der geschehenen Eingabe zu gedenken. Kein einziger Ausdruck in der ganzen Stelle nöthigt uns, sie hinzuzudenken.

Aber, die zweite Stelle? — Diese wollen wir für die rationes *decidendi* aufsparen.

§ 13.

Widerlegung dieser Zweifel.

Manche dieser Zweifel lassen sich widerlegen; andere sind unwiderleglich.

Unwiderleglich sind alle, welche darauf gerichtet sind, daß nach dem Naturgesetz der Kauf die Miethe nicht bricht. Das jus expellendi läßt sich nur aus positivem Recht herleiten. Der Grundsatz: *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet,* würde auf dies Verhältniß anwendbar seyn, wenn der Käufer das Grundstück von dem Pächter vor der Zeit zurückforderte. Aber, dieses geschieht nicht; den Besitz empfängt der Käufer von dem Verkäufer. Nach dem Naturrecht hat der Pächter den Besitz und es kann der Verpächter und sein Nachfolger vor dem Ende der Pachtzeit ihm selbigen nicht entziehen: aber nach römischem Recht entzieht er ihm durch die Uebergabe keinen Besitz, denn er hat, nach eben diesem Recht, keinen. Darauf beruht das jus expellendi; es beruht blos auf den Ideen der Römer über die Natur des Besitzes, da nämlich ein Eigenthümer, der seine Sache einem andern zum Gebrauch hingegeben hat, dennoch fortfährt, sie zu besitzen und er den Besitz aufgeben und überhaupt actus possessorios vornehmen kann, ohne durch den Umstand, daß ein Pächter das Grundstück unter sich hat, im Geringsten daran gehindert zu seyn.

Widerlegen läßt sich schwerlich, was gegen die Beweiskraft jener Stelle im Codex eingewandt ist, die hier den Hauptbeweis für das jus expellendi enthalten soll und nicht enthält. Sie lehrt uns allenfalls blos, was wir schon wußten, daß ein Käufer an den Pachtcontract seines Vorgängers nicht gebunden sey. Mit diesem Grundsatz reicht man hier allein nicht aus; er kommt nur nebenher in Betrachtung.

Die Stelle des Paulus ist der gewöhnlichen Theorie nicht entgegen. *Repellere* heißt zwar ausschließen, abhalten,

halten, zurückweisen, z. B. durch eine Einrede; zurücktreiben; es wird aber auch in der Bedeutung von vertreiben gebraucht. So sagt z. B. Ovid: *ver hyemem repellit* [1]) Wenn Paulus in jener Stelle lehrt, der Usufructuar dürfe, exemplo emtoris, *colonum repellere*, so gebraucht er es für vertreiben. Nach dem ganzen Zusammenhange, worin es mit dem Vorhergehenden und Nachfolgenden steht, ist: *repellere* hier gleichbedeutend mit *expellere*. Es konnte auch *repellere* für *expellere* hier um so eher gebraucht werden, da der Aufenthalt eines Pächters auf dem Gute vorübergehend ist und der Pächter, wenn ihn der Käufer aus dem Gute vertreibt, dahin, woher er kam, zurückgetrieben wird. Daher ist diese nicht beachtete Stelle ein Hauptbeweis für die gewöhnliche Theorie.

Das Rescript des Antoninus an die Callimorphonia giebt keinen Gegenbeweis an die Hand. Denn es bezieht sich auf die Regel, daß der Verpächter selbst vor dem Ende der Pachtzeit das Grundstück, durch den Contract daran gehindert, nicht zurückfordern kann, und stellt Ausnahmen auf bloß von dieser Regel. Es gehört also nicht hieher.

Am meisten für die gewöhnliche Theorie beweist eine andere Stelle, wiewohl sie, meines Wissens, zu diesem Ende nicht benutzt ist. Es ist *L. 50. D. de jure fisci.* Ich würde die Stelle hier einrücken, wenn sie nicht zu lang und zu wenig anmuthig wäre. Wir sehen daraus, daß Fiscus ein Grundstück an jemand verkauft hatte und der Käufer war in den Besitz gesetzt worden — *„in vacuam possessionem inductus erat"* — obgleich das Grundstück, wie

[1]) Schellers lat. Lexicon unter dem Wort: Repellere.

weiterhin bemerkt wird, *sub colono* war. Dieser *colonus* ward, wie man sieht, bei der Tradition gar nicht gefragt; die Handlung ging vor sich, als gehe sie ihn nicht an.

Was Vermächtnisse betrifft, so beweist die Richtigkeit der gewöhnlichen Theorie folgende Pandectenstelle:

L. 120. § 2. *D. de leg.* 1.

Fructus ex fundo pure legato, post aditam hereditatem a legatario perceptos, ad ipsum pertinere: colonum autem cum herede ex conducto habere actionem.

Bei hinterlassenen unbedingten Vermächtnissen kann die Auszahlung seit der Zeit, da der Erbe die Erbschaft antrat, gefordert werden [2]) und von diesem Augenblick an gebühren ihm, wie aus dieser Stelle zu schließen ist, die Früchte. Hat er daher die Früchte selbst gewonnen, so können sie ihm, dem sie zukommen, nicht entzogen werden. Der Pächter muß sich, sagt der Rechtsgelehrte, an den Erben halten. Wir sehen aus dieser Stelle, daß der Legatar zum Besitz des Grundstücks gelangt war — denn wie hätte er sonst Früchte gewinnen können? — und dürfen hinzudenken, daß es auf gesetzmäßige Art geschehen sey, nämlich durch den Erben oder mit Erlaubniß desselben. Dies aber durfte geschehen, obgleich, wie ebenfalls aus dieser Stelle zu schließen ist, das Grundstück im Besitz eines Pächters war. Es macht hier überhaupt gar keinen Unterschied, ob ein Grundstück verkauft oder vermacht ist. In beiden Fällen kann der besondre Nachfolger nur durch den Vorgänger oder dessen Erben zum Besitz gelangen; aber dieser, der den Besitz hat, obgleich das Grundstück verpachtet ist,

---

[2]) L. 32. pr. D. de legatis 2. L. 7. pr. D. quando dies legatorum.

ist in beiden Fällen im Stande, dem Nachfolger den Besitz zu geben.

Ueberhaupt — um die ganze Materie zu schließen — hängt, wie schon oft bemerkt worden, alles davon ab, daß der neue Erwerber, heiße er Käufer, Legatar u. s. w. zum Besitz des Grundstücks gelangt. Sobald er zum Besitz gelangt ist, beherrscht er das Grundstück und vertreibt den Pächter. Die Veränderug des Besitzes rechtfertigt das jus expellendi und die bloße Möglichkeit derselben beweiset es, und wenn das römische Recht über alles andere schwiege, würden wir schon in Folge des bloßen Umstandes, daß der Eigenthümer dem besondern Nachfolger den Besitz geben kann, den dieser zu fordern berechtigt ist, ihm das *jus expellendi* beilegen müssen.

§ 14.

Ausdehnung des Grundsatzes: Kauf bricht Miethe, auf ähnliche Verhältnisse.

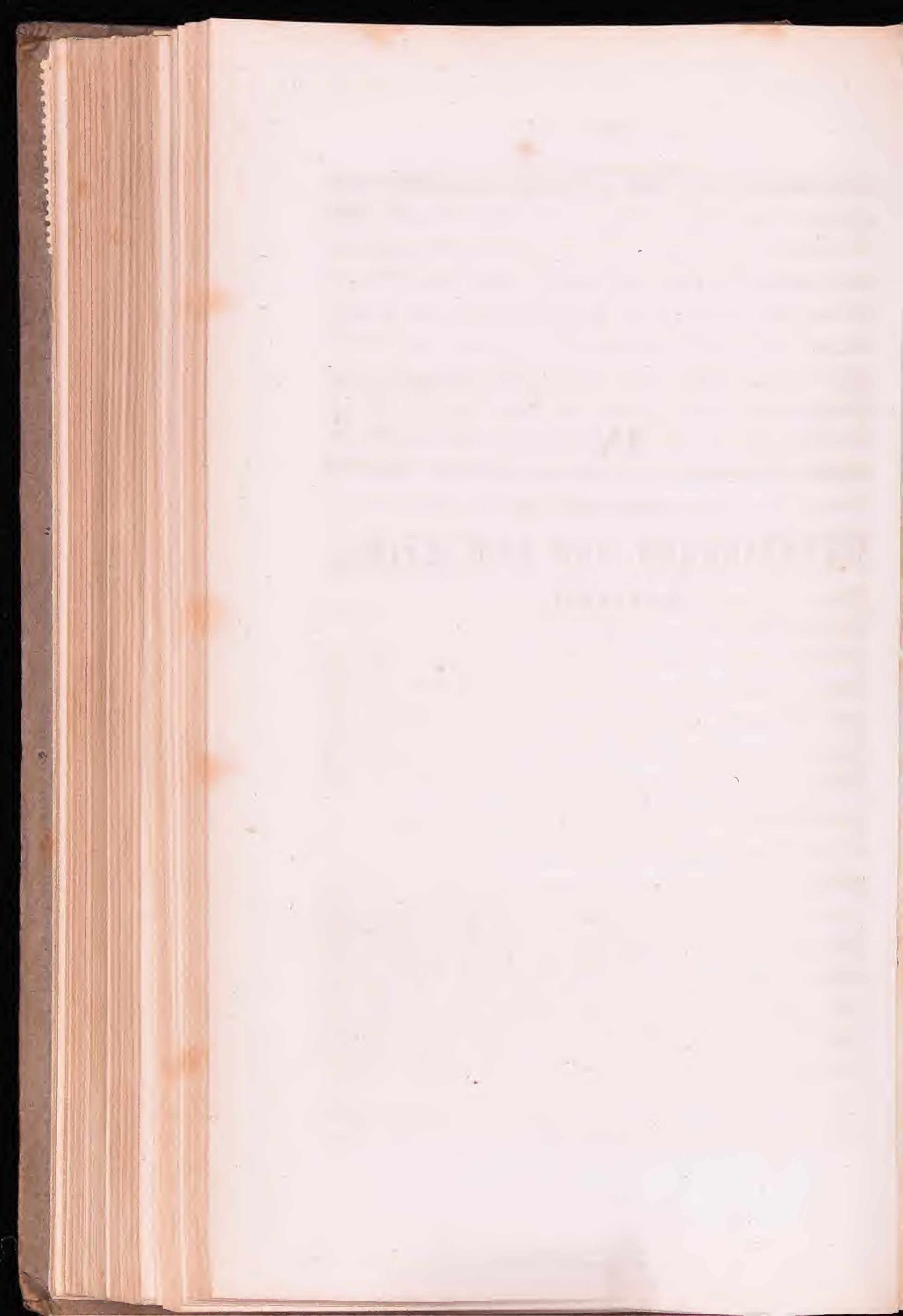
Endlich, was von verpachteten Grundstücken gilt, dasselbe gilt ohne Zweifel von allen andern Fällen, da jemand eine Sache durch irgend ein andres Rechtsgeschäft einem andern zum bloßen Gebrauch überlassen hat. Verkauft, verschenkt, vermacht er sie nun an einen Dritten, so findet Uebergabe und Erwerb des Eigenthums ganz auf dieselbe Art Statt, und es kann der Inhaber durch den neuen Erwerber aus dem Grundstück vertrieben werden; überhaupt treten ganz dieselben Rechtsgrundsätze ein, wie, wenn von verpachteten und darauf verkauften, verschenkten, vermachten Grundstücken die Rede

wäre. Auch diese Wahrheiten sind bei dem Volk im Umlauf: Kauf bricht die Leihe, Kauf geht vor Gewinn u. s. w.

Einer besondern Bestätigung dieser Wahrheiten durch Stellen des römischen Rechts wird es nicht bedürfen; man würde auch darum in Verlegenheit seyn; denn dergleichen giebt es meines Wissens gar nicht. Aber, wenn es einmal möglich ist, daß ohne den Inhaber darum zu fragen, der Eigenthümer sein Grundstück dem Käufer übergeben kann, so ergiebt sich die Folge von selbst: Nachdem der Besitz mit seinen Rechten auf ihn übergegangen ist, hat er nicht nöthig, einen Fremdling neben sich auf dem Grundstück zu dulden; ihm steht — das *jus expellendi* zu.

IX.

Abhandlungen aus dem Criminalrecht.



I.

Unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen kann das während der Untersuchung erlittene Gefängniß die Strafe mildern und wol gar ganz aufheben?

(Im Nov. 1829.)

Zu den allgemeinen Milderungsgründen rechnen die Criminalisten bekanntlich das während der Untersuchung von Seiten des Verbrechers ausgestandene langwierige oder sehr harte Gefängniß, vorausgesetzt, daß es unverschuldet sey. Sie sind nur darüber nicht einig, ob alle Strafen ohne Unterschied, wenn ein Grund dieser Art vorhanden ist, zu mildern sind oder ob nicht gewisse Strafen, nämlich *Todesstrafe* und *ewiges Gefängniß*, eine Ausnahme begründen.

Ich wandte neulich einige Mußestunden dazu an, diese Lehre auf die Capelle zu bringen und fand sie nicht probehaltig. Die Lehre der Criminalisten ist so, wie sie lautet, nicht richtig und kann es nicht füglich seyn. Die Criminalisten sind hier von ganz unrichtigen Grundsätzen ausgegangen; sie haben *zwei Stellen des römischen Rechts, die von ganz verschiedenem Inhalt sind*, zusammen in *Einen Kessel geworfen* und auf solche Art ein

ganz ungenießbares und unverdauliches Getränk zusammengebrauet.

Abgesehen von gegebenen Gesetzen, ist ausgestandenes Gefängniß überall kein Grund, weshalb die Strafe zu mildern wäre. Es ist ohne Zweifel ein großes Uebel, wenn Jemand, seiner Freiheit beraubt, im engen Gemach eingesperrt, freie Luft und Bewegung entbehrt, wenn er daneben wol gar mit schlechter Kost genährt, von Kälte, Schmutz, Härte des Gefangenwärters u. s. w. geplagt und manchem anderen Ungemach ausgesetzt wird; nicht zu gedenken des Schimpfs, der ihm schon an sich durch das Gefängniß in den Augen der Menge widerfährt. Das Gefängniß ist m. E. W. ein schlechtes Quartier, eine *mala mansio*, wie die Juristen sagen. Die Gesetze selbst sehen das Gefängniß als ein Uebel an, sie bedienen sich seiner als einer Strafe und nennen selbst das Sicherheitsgefängniß also [1]). Dabei kann es dem Gefangenen nicht viel verschlagen, wenn er einmal im Gefängniß sitzt, unter welchem Namen es ist, ob zur Sicherheit oder zur Strafe; wenigstens ist es in jedem Fall ein großes Uebel was er erduldet, und der Unterschied nur allenfalls in den Graden. Und dieses Uebel muß er, ehe seine Schuld und deren Größe ausgemittelt ist, muß es vor dem Urtheil des Richters — nicht wegen seines Verbrechens, sondern wegen eines bloßen Verdachts erdulden. Ein bloßer Verdacht kann, wie ich schon bei anderer Gelegenheit gesagt habe, den Staat niemals berechtigen, dem Verdächtigen, um sich gegen ihn sicher zu stellen, ein wirkliches Uebel zuzufügen und namentlich nicht, ihn seiner Freiheit zu berauben. Dies gilt selbst in Hinsicht auf den geständigen oder bereits überwie-

[1]) L. 3. D. de custodia et exh. reorum.

senen Verbrecher, als welcher doch, hierin dem Unschuldigen gleich, nur deshalb im Gefängniß gehalten wird, weil gegen ihn ein bloßer Verdacht vorhanden ist, daß er die Flucht ergreifen werde, wie dringend er übrigens auch seyn mag. In der That würde im Allgemeinen einem jeden, der schon vor dem Urtheil und bloß zur Sicherheit ins Gefängniß gesetzt wird, wenn gleich ein gegründeter Verdacht des Verbrechens und der Flucht gegen ihn vorhanden gewesen, unter allen Umständen, er mag freigesprochen oder verurtheilt werden, eine Entschädigung gebühren, weil er ein Uebel erdulden mußte, was nicht Strafe seyn, sondern zum allgemeinen Besten dienen soll, und diese Entschädigung könnte bei dem Verurtheilten füglich darin bestehen, daß ihm die erlittene Gefangenschaft auf die verwirkte Strafe in Abrechnung gebracht würde.

Allein, wir reden hier nicht von Gesetzen, wie sie seyn sollten, sondern, wie sie sind. Wenn einmal, nach den bei uns geltenden Gesetzen, der Bürger, im Fall ein gegründeter Verdacht vorhanden ist, daß er ein gewisses Verbrechen begangen habe und dabei, wegen der Größe der Strafe oder seiner persönlichen Verhältnisse, die Besorgniß entsteht, daß er, um der verdienten Strafe zu entgehen, die Flucht ergreifen werde — wenn also jeder Bürger, unter diesen Umständen, sich gefallen lassen muß, daß er, während der Untersuchung, nöthigen Falls gefangen gehalten wird; so kann nur ein anderes positives Gesetz den Richter berechtigen, ihm dafür eine Entschädigung zuzusprechen und namentlich auf die vom Gesetz auf dieses Verbrechen gesetzte Strafe ihm das erlittene Gefängniß in Abrechnung zu bringen, mithin an die Stelle der gesetzlichen eine geringere Strafe zu setzen.

Es entsteht also die Frage, ob es, unter den bei uns geltenden, ein Gesetz von diesem Inhalt giebt.

Man führt zwei Stellen des römischen Rechts an. Die eine Stelle rührt von Modestinus her.

L. 25. D. de poenis.

Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena ejus sublevanda erit: sic enim constitutum est: Non eo modo puniendos eos, qui longiore tempore in reatu agunt, quam eos, qui in recenti sententiam excipiunt.

Diese Stelle enthält etwas ganz anderes, als wofür sie zum Beweise dienen soll. Es ist, wie jeder sieht, gar nicht die Rede davon, daß langwieriges Gefängniß ein Milderungsgrund sey, sondern Modestinus lehrt, wer sich lange Zeit im Zustande eines Angeklagten — in reatu — befunden, dessen Strafe sey zu mildern. Mit dem Zustande eines Angeklagten ist aber Gefangenschaft nicht nothwendig verbunden, sondern ein Angeklagter wird nach römischem Recht entweder ins Gefängniß gesetzt oder gegen Bürgschaft frei gelassen oder unter Aufsicht gestellt oder sich selbst überlassen [2]). Modestinus nimmt keine Rücksicht darauf, ob in einem gegebenen Fall das Eine oder das Andere geschehen sey, sondern ohne allen Unterschied lehrt er, die lange Dauer des Zustandes eines Angeklagten mildert die Strafe. Der Grund der Strafmilderung ist also nicht in der mit diesem Zustande etwa verknüpften Gefangenschaft, sondern in dem Zustande selbst, in demjenigen, was in allen Fällen dazu gehört, zu suchen.

[2]) L. 1. C. de custodia et exh. reor.

Es könnte die Frage entstehen, ob dieser Milderungsgrund noch jetzt gültig sey; denn der Zustand eines Angeklagten war nach römischen Sitten mit manchen nachtheiligen Folgen verknüpft, die jetzt wegfallen. Indessen dürfte die Frage zu bejahen seyn. Auch jetzt noch bringt der Zustand eines Angeklagten, und im Untersuchungsverfahren die Specialinquisition, nachtheilige Folgen für den Beschuldigten hervor, die von denjenigen, welche sie bei den Römern, namentlich zur Zeit des Justinianus, hatten, wohl nur darin verschieden sind, daß wir in dieser Hinsicht weiter gehen, wie die Römer. Nach der Lehre der Rechtsgelehrten ist derjenige, welcher eines Verbrechens wegen angeklagt oder in Untersuchung gerathen ist, einstweilen an seiner Ehre angegriffen; er ist einstweilen unfähig, ein Zeugniß abzulegen — welches Letztere die Stimme des canonischen Rechts für sich hat [3]) — er wird von Zünften und Gesellschaften einstweilen ausgeschlossen; während der Untersuchung ab officio suspendirt — in dieser Hinsicht berufen die Rechtsgelehrten sich auf die Praxis —; zu neuen Aemtern für jetzt nicht zugelassen [4]). Das römische Recht enthält nur soviel, daß ein Beschuldigter unfähig ist, neue Aemter zu erlangen [5]), aber er behält bis zur ausgemachten Sache diejenigen bei, womit er bekleidet ist [6]), und dieses will doch wol sagen, daß er auch nicht einmal *ab officio* einstweilen zu suspendiren sey. Denn das *retinere*, ohne weitere Einschränkung, scheint jede Veränderung auszuschließen [7]).

---

[3]) c. 56. X. de test.

[4]) *Leyser* spec. 52. m 6. spec. 566. m. 18. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts Th. 3. § 674.

[5]) L. un. C. de reis postulatis.

[6]) L. 17. § 12. D. ad Municip.

[7]) Man beruft sich zwar auf L. 6. C. de procurat. (S. *Leyser*

Von den angeführten Folgen trifft die erste, nämlich die einstweilige Unfähigkeit, Zeugniß abzulegen, unschuldige Dritte, nämlich diejenigen, die etwa in den Fall kommen, des Zeugnisses des Beschuldigten zu bedürfen; die anderen Folgen treffen den Beschuldigten zwar selbst, jedoch nur unter gewissen Voraussetzungen, nämlich nur dann, wenn er sich gerade in dem Fall befindet, Aemter u s. w. zu bekleiden oder darauf Ansprache zu machen. Aber es giebt eine Folge, die jeden Beschuldigten und zwar bei uns so gut, wie bei den Römern, bei den früheren, wie bei den späteren, immer auf dieselbe Weise trifft und Modestinus vielleicht allein in Betrachtung gezogen hat, das ist die Qual, die Sorge und die Unruhe, die ein Angeklagter oder Beschuldigter während der Dauer einer für ihn so wichtigen Untersuchung über den Ausgang empfindet. Bloße Billigkeit ist es, wenn ihm dergleichen, nicht von Seiten des Staats und nicht widerrechtlich, erlittene Seelenleiden auf die Strafe in Abrechnung gebracht werden und, da er dergleichen Qualen nicht weniger erlitten hat, wenn auch die Untersuchung durch seine Schuld verlängert ist, und jene Stelle des Modestinus keinen Unterschied macht, so — sollten die Rechtsgelehrten sich billig darauf beschränken, die gesetzlichen Wahrheiten, wie sie sind, vorzutragen und mit ihrer unzeitigen Weisheit zu Hause bleiben. —

---

c. l.). Allein die Stelle redet von der Procuratur und zwar nicht von Beibehaltung, sondern von Uebernahme einer solchen. Wer eines Verbrechens angeklagt ist, soll keine Procuratur übernehmen dürfen, solange er nicht gezeigt hat, daß er unschuldig sey. Reum criminis constitutum defensionem causae suscipere non posse, antequam purget innocentiam suam, incognitum non est.

Wir haben hier nun einen Milderungsgrund kennen gelernt, der zwar wirklich vorhanden, aber von demjenigen, welchen die Rechtsgelehrten aufstellen, sehr verschieden ist. Nicht das langwierige Gefängniß, sondern die lange Dauer der gerichtlichen Untersuchung mildert, Kraft jener Stelle des Modestinus, die Strafe und bei diesem Milderungsgrunde kömmt es nicht darauf an, ob der Beschuldigte die Verlängerung der Untersuchung verschuldet hat oder nicht.

Die andere Stelle, wornach das langwierige Gefängniß die Strafe mildern soll, ist folgendes Rescript im Codex.

L. 23. C. de poenis.

Omnes, quos damnationis conditio, diversis exiliis destinatos, metas temporis praestituti in carceris implesse custodia deprehenderit, solutos poena vinculisque laxatos, custodia liberari praecipimus, nec formidare miserias ullius exilii. Sit satis immensorum cruciatuum semel luisse supplicia, ne hi, qui diu privati sunt aurae communis haustu et lucis aspectu, intra breve spatium catenarum ponderibus praegravati, etiam exilii poenam sustinere iterum compellantur [8]).

Die Stelle handelt von demjenigen, welcher zur Verbannung verurtheilt, nach dem Urtheil im Gefängniß zurückgehalten ist [9]); diesem ist das Gefängniß als Verbannung

[8]) Die folgende Stelle scheint, von ähnlichem Inhalt zu seyn. *L. 24. C. de poenis.* Rectores provinciarum conveniri praecipimus, ut hi, qui suo crimine poenam exilii sub certo temporis spatio subire decreti sunt, exacto praefinito tempore, nec claustris carceralibus, nec in locis, quibus exules versati sunt, teneantur.

[9]) *Godofredus* ad h. l. Cod. Theod. tom. 3. p. 348. Westphals Criminalrecht Anm. 37. § 2.

anzurechnen d. h. die Zeit, da er nach dem Urtheil im Gefängniß zugebracht hat, ist auf die Zeit der Verbannung abzurechnen und, wenn immittelst die ganze Verbannungszeit verstrichen ist, hört jede weitere Strafe auf; der Verurtheilte hat seine Strafe durch das (zur Stellvertretung anzunehmende) Gefängniß überstanden und ist in Folge dessen sogleich — in Freiheit zu setzen.

Soviel kann nun wol keinen Zweifel leiden, daß diese Lex codicis auf andere ähnliche Fälle auszudehnen sey, auf Fälle nämlich, da Jemand nach dem Urtheil, wodurch er zu irgend einer anderen Strafe verurtheilt worden, widerrechtlich im Gefängniß zurückgehalten ist. Die Zeit, die er widerrechtlich im Gefängniß zugebracht hat, wird ihm als Strafe anzurechnen und die ihm zuerkannte zu mildern seyn, und zwar soweit, als es dem Verhältniß, worin beide Strafen zu einander stehen, angemessen ist. Denn daraus, daß, nach dieser Stelle, Gefängniß von einer bestimmten Dauer und Verbannung von gleicher Dauer gerade gegen einander aufgehen, folgt nicht, daß dies bei allen anderen Strafen auch der Fall seyn soll. Das Gefängniß ist eine härtere Strafe, als die Verbannung, wenn beide von gleicher Dauer sind; und daß sie nach dieser Stelle gegen einander aufgehen, rührt nur daher, daß vorausgesetzt wird, das an die Stelle der Verbannung tretende Gefängniß sey bereits überstanden. Es werden auch, genauer zu reden, beide nicht eigentlich gegen einander aufgerechnet, sondern es wird nur gesagt, daß derjenige nicht weiter zu bestrafen sey, welcher die Zeit, die er in der Verbannung leben sollte, (widerrechtlich) im Gefängniß zugebracht hat. Ob ihm nicht überdies, weil er im Grunde eine noch härtere Strafe erlitten, als er erleiden sollte, Genugthuung und Entschädigung gebühre, davon schweigt das Gesetz.

Ueberhaupt können wir, denke ich, aus dieser Stelle die Regel ableiten:

widerrechtlich, wegen dieses Verbrechens, erlittenes (Sicherheits-) Gefängniß muß dem Verbrecher auf die Strafe zu gute gerechnet werden; dasselbe bewirkt, daß er entweder gar nicht weiter, oder doch gelinder zu bestrafen ist, als sonst geschehen seyn würde. Widerrechtlich erlittenes Gefängniß hebt also die Strafe auf oder vermindert sie, nach dem Verhältniß, worin beide zu einander stehen. Ja, wie ein Beklagter nicht nur eine Gegenforderung in Abrechnung bringt, sondern auch, wenn seine Gegenforderung größer ist, als die Forderung, er den Ueberschuß als Gläubiger einklagt, also kann es geschehen, daß der Verbrecher das widerrechtlich erlittene Gefängniß nicht nur abrechnen, sondern auch, wegen dessen, was er zuviel an Strafe erlitten, auf Genugthuung und Entschädigung klagen kann.

Auf die lange Dauer der Gefangenschaft kömmt es hier gar nicht an, sondern wer auch nur Einen Tag, nur Eine Stunde, ja den kleinsten Theil einer Stunde widerrechtlich im Gefängniß zugebracht hat, kann schon mit vollem Recht begehren, daß ihm dies auf die Strafe in Abrechnung gebracht wird. Nicht die Größe der Gegenforderung hindert bekanntlich die Abrechnung, sondern jene ist nur auf das Maaß derselben von Einfluß.

Zunächst kömmt es auch darauf nicht an, ob der Gefangene das Gefängniß und dessen verlängerte Dauer verschuldet hat oder nicht. Das, worauf es hier ankömmt, ist die Widerrechtlichkeit des Gefängnisses und die Frage, ob der Gefangene selbst Schuld daran ist, daß seine Gefangenschaft länger gedauert hat, als

außerdem geschehen wäre, oder, ob sonst Jemand die Schuld davon trage, kommt nur insofern in Betrachtung, als aus der verschiedenen Beantwortung dieser Frage die Widerrechtlichkeit des Gefängnisses oder das Gegentheil herzuleiten ist.

Vermöge des angeführten Grundsatzes muß es dem Verbrecher auf die Strafe zu gute gerechnet werden und sie, nach Verschiedenheit der Umstände, ganz oder zum Theil wegfallen:

1) wenn überhaupt kein Grund vorhanden war, ihn ins Gefängniß zu legen, weil er der Flucht nicht verdächtig oder weil er in Fällen, wo Cautionsleistung zulässig ist, im Stande und bereit war, Caution zu leisten.

Es kann auch seyn, daß überhaupt kein hinlänglicher Verdacht gegen ihn vorhanden war, daß er das Verbrechen begangen habe. In diesem Fall hat der Richter freilich unerlaubt gehandelt, wenn er ihn verhaftete; allein, wenn sich in der Folge ergiebt, er habe das Verbrechen wirklich begangen, wie hier vorausgesetzt wird, so war doch immer ein Grund zur Verhaftung vorhanden, wenn er auch dem Richter früher verborgen gewesen. Der Verbrecher kann nicht sagen, ihm sey zu nahe geschehen, daß er als Verbrecher behandelt worden, wenn er das Verbrechen wirklich begangen hat. Der Richter ist in diesem Fall durch den Ausgang der Sache gerechtfertigt; — er ist zugleich der Gefahr der Verantwortung, welche er durch die Verhaftung übernahm, glücklich entgangen. — In diesem Fall kann der Verbrecher schwerlich begehren, daß ihm das erlittene Gefängniß auf die Strafe zu gute gerechnet werde [10]).

2) wenn

[10]) Dieser Meinung scheint auch Kaulfuß zu seyn: denn er

2) wenn der Richter zwar im Allgemeinen berechtigt war, den Verbrecher ins Gefängniß zu legen, er ihn jedoch länger im Gefängniß sitzen ließ, als nöthig war, mag nun der Richter selbst, oder der Vertheidiger, oder wer es sonst ist, die Untersuchung und Entscheidung verzögert haben. Nur, wenn der Verbrecher selbst Schuld daran war, daß die Sache nicht früher entschieden ward, nur dann, versteht sich, kann dieser Umstand ihm nicht zur Strafmilderung gereichen. Die Rechtsgelehrten leiten diese Einschränkung aus dem allgemeinen Grundsatz ab, daß Niemanden seine Schuld und Verzögerung zum Vortheil gereichen könne. Allein, der wahre Grund scheint darin zu liegen, daß man nicht sagen kann, der Richter habe einen Verbrecher, welcher z. B. durch hartnäckiges Läugnen, die Untersuchung in die Länge zog, länger als nöthig war, mithin eine Zeit lang widerrechtlich, im Gefängniß sitzen lassen.

In diesen beiden Fällen hat Jemand dadurch Uebel erlitten, daß er, des Verbrechens wegen, seiner Freiheit be-

---

nimmt an, dem Verbrecher sey eine gelindere Strafe zuzuerkennen, wenn er ohne hinlänglichen Verdacht ins Gefängniß gesetzt worden, sollte er auch hernach ein anderes Verbrechen eingestanden haben. Für den entgegengesetzten Fall, da er nämlich dasselbe Verbrechen eingestanden oder dessen überwiesen worden, scheint auch er eine Strafmilderung stillschweigend auszuschließen. *Kaulfuss* diss. de carcere diuturno poenam mitigante §23. Er lehrt ferner, die Strafe sey zu mildern, wenn der Verbrecher zwar das Verbrechen, dessentwegen er verhaftet worden, eingestanden, hernach aber wegen eines andern Verbrechens, dessen er nicht genugsam verdächtig war, noch länger im Gefängniß zurückgehalten wird. *Kaulfuss* c. l. Er lehrt endlich, die Strafe sey zu mildern, wenn der Richter die Befreiung vom Gefängniß gegen angebotene Caution widerrechtlich verweigert hat. *Kaulfuss* c. l.

raubt gewesen. Er hätte des Verbrechens wegen gar nicht oder doch nicht solange im Gefängniß sitzen sollen und dennoch ist es geschehen. Dadurch hat er, wie das Gesetz annimmt, die Strafe ganz oder zum Theil abgebüßt; man kann wohl sagen, er habe sie gleichsam vorausbezahlt. Diese Abrechnung und angenommene Vorausbezahlung ist zwar dem strengen Recht nicht eben angemessen; sie ist aber sehr billig und vernünftig; ja es würde selbst nicht einmal möglich seyn, dem Verbrecher die Uebel, die er erlitten hat und die im Grunde Strafe sind, wenn sie auch diesen Namen nicht führen, auf andere Art zu vergüten; wenigstens nicht eben so gut.

Vermöge dieser Grundsätze scheint auch

3) demjenigen Abrechnung zu gute zu kommen, welcher, da er bloß seiner Freiheit hätte beraubt werden sollen, im Gefängniß hart behandelt ist. Auch dieser hat widerrechtlich Qualen erduldet, die ihm auf die verwirkte Strafe zu gute gerechnet werden müssen.

Und wenn nun gar beides zusammentrifft, wenn er widerrechtlich im Gefängniß gesessen und zwar die ganze Zeit, oder doch einen Theil derselben widerrechtlich, wenn er dabei hart im Gefängniß behandelt ist, wie sehr muß da nicht seine Strafbarkeit sinken? Wir haben dann, statt Eines Milderungsgrundes, deren zwei, denen, wenn die gerichtliche Untersuchung lange gedauert hat, noch ein dritter hinzutritt. Widerrechtlich erlittenes Gefängniß, harte Behandlung im Gefängniß, lange Dauer der gerichtlichen Untersuchung geben der Milderungsgründe drei.

Um aber dieser Materie ihr volles Recht widerfahren zu lassen, will ich noch einige Worte über die schon gleich

Anfangs erwähnte Frage, worüber die Rechtsgelehrten uneinig sind, nämlich, ob Todesstrafe und ewiges Gefängniß eine Abrechnung zulassen, hinzufügen und dann schließen [11]).

Diejenigen, welche die Frage verneinen, haben sie, wie ich glaube, aus unrichtigen Gründen richtig entschieden. Zwar, wenn überhaupt das erlittene Gefängniß die Strafe vermindert, warum sollte nicht an die Stelle der verwirkten Todesstrafe oder der verwirkten ewigen Gefängnißstrafe eine andere gelindere gesetzt werden können? Es ist nicht gerade gesagt, daß beide, das Gefängniß und die Strafe, gleichartig seyn müssen, und selbst in dem gesetzlichen Beispiel sind sie es nicht. Auch das ist nicht gesagt, wie man vielleicht glauben möchte, daß die Strafe eine Verminderung zulassen muß, ohne ihre Art abzulegen. Genug, daß der Verbrecher durch das widerrechtlich erlittene Gefängniß schon Strafe erlitten hat und also jetzt weniger oder gar nicht mehr zu bestrafen ist. Bei allem dem glaube ich, daß jene Ausnahmen gegründet sind. Wer ein todeswürdiges Verbrechen begangen hat, ist zuvörderst nicht mit Unrecht ins Gefängniß gesetzt; das Unrecht, was ihm etwa widerfahren kann, besteht nur darin, daß sein Gefängniß widerrechtlich verlängert ist. Dadurch ist ihm aber kein Schaden geschehen, wofür er Ersatz, und folglich Verminderung der Strafe, begehren könnte; vielmehr gewinnt er sogar, wenn er das verwirkte Leben länger, als er sollte, fortsetzen darf. Aufschub der Strafe ist hier Verringerung derselben; es wird ihm ein Theil des noch übrigen Lebens gleichsam geschenkt. Zwar

---

[11]) Die Rechtsgelehrten drücken jene Frage etwas anders aus. Ich, nach meinen Grundsätzen muß sie so stellen, wie ich gethan habe.

hat er nur im Gefängniß gelebt, aber auch das Leben im Gefängniß ist noch Leben und besser, als Vernichtung; wenigstens müssen wir als Rechtsgelehrte die Sache so ansehen. Kurz, das Unrecht, was der Richter hier begeht, begeht er gegen den Staat, nicht gegen den Verbrecher. Wenn aber das Gefängniß nicht verlängert ist, sondern der Verbrecher, der das Leben verwirkt hatte, im Gefängniß hart behandelt ward, dann würde ich glauben, es sey der Gerechtigkeit gemäß, wenn das Uebel, was er widerrechtlich erduldet hat, ihm vergütet und z. B. die qualificirte Todesstrafe in eine einfache, die einfache in eine andere gelindere verwandelt würde. Wie es sich mit der Todesstrafe verhält, also verhält es sich auch mit der ewigen Gefängnißstrafe. Dem geschieht kein Unrecht, welcher seine Freiheit für immer verwirkt hat, wenn er einen Theil der Zeit, statt im Gefängniß zur Strafe, im Gefängniß zur Sicherheit zubringt. Harte Behandlung im Gefängniß müßte freilich auch in diesem Fall auf irgend eine Art vergütet werden [12].

II.

Ueber den Werth der Aussagen eines Verbrechers gegen Mitschuldige.

(Im November 1829.)

Bekanntlich entsteht nach der Carolina [1]) gegen Jemanden ein Verdacht, er habe ein gewisses Verbrechen (durch

---

[12]) S. auch Klein zu Quistorps Grundf. des peinl. Rechts 3. Theil. § 112. in der Note *.

[1]) Ar. 31.

Theilnahme) begangen, und sogar ein so dringender, daß er auf die Folter gelegt werden kann, um ihn zum Geständniß zu bewegen, wenn ein geständiger Verbrecher ihn als Mitschuldigen angiebt oder, mit dem eigenen Ausdruck der Carolina, ihn als Gehülfen besagt. Es sind dabei gewisse Voraussetzungen, die man füglich in zwei Classen bringen kann. Einige nämlich sind bloß verneinend.

1. Dem Verbrecher muß der Mitschuldige nicht in der Frage genannt oder vorgesagt seyn; er muß ihn von selbst genannt haben; es muß also keine Suggestion vorgefallen seyn;

2. er muß bei seiner Aussage beharren, sie also nicht widerrufen;

3. er muß mit derjenigen Person, die er als Mitschuldigen angiebt, nicht in Feindschaft leben und diese Feindschaft nicht allgemein bekannt oder nicht erforscht und ausgemittelt seyn. Mithin fällt die Anzeige weg, wenn man weiß oder Beweis darüber aufgenommen ist, daß der Verbrecher den angegebenen Mitschuldigen haßt. Ist dies der Fall, dann soll ihm nicht geglaubt werden, es müßte denn seyn, daß er zugleich solche Umstände angiebt, welche eine redliche Anzeige gegen den Beschuldigten, er habe das Verbrechen wirklich begangen, begründen und diese Umstände müssen bei angestellter Erkundigung wahr befunden werden. In diesem Fall, möchte man einwenden, werde sodann nicht der Person, sondern den wahr befundenen Umständen geglaubt. Allein die Meinung der Carolina geht wohl dahin, daß beiden geglaubt werden soll. Die Umstände, welche die Angabe der Person bestätigen, machen sie, die es an sich nicht seyn würde, glaubwürdig.

Die übrigen Voraussetzungen sind von positiver Art. Die Angabe des Verbrechers verdient nämlich nur Glauben,

4. wenn der Verbrecher sich nicht darauf beschränkt, die Person des Mitschuldigen mit Namen zu bezeichnen, sondern wenn er zugleich Zeit und Ort und die Art, wie die Hülfe geleistet ist, überhaupt die Umstände, unter denen die Theilnahme sich geäußert hat, angiebt;

5. wenn der Beschuldigte eine Person ist, zu welcher man sich der That wohl versehen mag.

Nach der Lehre der Criminalisten kann ein Mitschuldiger gegen den Mitschuldigen als Zeuge nicht eidlich vernommen werden; es entsteht jedoch, wenn die in der Carolina angegebenen Erfordernisse sämmtlich vorhanden sind, aus der Aussage des Mitschuldigen ein dringender Verdacht, ein indicium proximum, gegen den Mitschuldigen [2]). Fehlt eins oder das andere jener Erfordernisse, so ist die Angabe des Mitschuldigen gegen den Mitschuldigen deshalb nicht völlig zu verwerfen, sondern sie macht die Theilnahme nur weniger wahrscheinlich [3]). Die Angabe bringt, auch wenn jene Erfordernisse nicht alle vorhanden sind, immer einen Verdacht hervor; es hängt, nach Böhmers Lehre, dem Beschuldigten immer etwas an, was seine völlige Freisprechung hindert und macht, daß auf einen von ihm zu leistenden Reinigungseid oder auf Bedrohung mit der Folter erkannt werden muß. Nur wenn zur Anwendung der Folter geschritten werden soll, ist — oder war vielmehr — erforderlich, daß die von der Carolina aufgeführten Erfordernisse

---

[2]) Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts 3. Thl. § 694. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts 3. Thl § 615.

[3]) *Kress* ad art. 31. § 1. no. 2.

sämmtlich vorhanden sind [4]). Insofern verdient jedoch der Mitschuldige gegen den Mitschuldigen gar keinen Glauben, als er die Schuld von sich ab- und sie auf den anderen wälzen will. So bemerkt z. B. Westphal [5]): Complicis inculpatio tum plane non probat, quando hic per eam se liberare et culpam unice in alterum transferre cupit [6]).

An und für sich könnte wohl ein Mitschuldiger gegen den anderen Zeuge seyn; er könnte auch als Zeuge eidlich vernommen werden und seine Aussage den Beweis oder anders wodurch begründeten Verdacht mehr oder weniger verstärken; sollte er selbst auch des Verbrechens bereits überwiesen seyn oder es schon eingestanden haben. Ein Mensch verliert dadurch im Allgemeinen die Glaubwürdigkeit nicht, daß er ein Verbrechen begangen hat. Wer das Staatsgesetz übertritt, kann doch gegen das sittliche Achtung haben. Viele Verbrechen werden aus Unvorsichtigkeit, Uebereilung, in der Hitze der Leidenschaft begangen. Vielleicht ist gegen Verbrechen kein Mensch völlig sicher; wenigstens lehrt eine traurige Erfahrung, daß auch sonst gute Menschen durch die Gewalt der Umstände zu Verbrechen, selbst zu schweren Verbrechen, hingerissen werden können. Ein begangenes Verbrechen wird also nur dann den Zeugen verdächtig machen, wenn es von der Art ist, daß es ihn als einen in sittlicher Hinsicht verderbten oder verworfenen Menschen darstellt, wenn sich in dem Verbrechen eine Gemüthsbeschaffenheit offenbart, welche macht, daß man ihm keine Recht-

---

4) *J. S. F. Boehmer* meditat. in C. C. C. art. 31. § 8.

5) Criminalrecht Nr. 64. 6. S. 812.

6) Ebendies lehrt Hommel Rhapsod. obs. 463.

schaffenheit und Wahrheitsliebe beilegen, daß man ihm nicht trauen kann. Auch versteht es sich von selbst, daß ein Verbrecher gegen den Mitschuldigen in allem demjenigen keinen Glauben verdient, was auf irgend eine Art dazu beitragen kann, auf Kosten des Mitschuldigen seine Schuld und Strafbarkeit zu vermindern; denn in dieser Hinsicht erscheint er als Zeuge in eigener Sache.

Allein, wenn wir die Grundsätze des römischen und canonischen Rechts in Betrachtung ziehen, so muß die Angabe eines Mitschuldigen gegen den Mitschuldigen unter allen Umständen allen Werth verlieren. Das römische Recht stellt den Grundsatz auf, daß derjenige, der eines Verbrechens wegen angeklagt ist, bis zur erfolgten Freisprechung einen anderen wegen eines Verbrechens nicht anklagen kann [7]) und das canonische Recht zieht die Folge daraus, daß er, während dieses Zeitraums, in einer Criminalsache auch nicht als Zeuge gegen einen anderen zuzulassen sey [8]). Ein anderer Grundsatz ist: Ein Mitschuldiger kann gegen den Mitschuldigen nicht Zeuge seyn; — dies lehrt das römische Recht [9]) und wiederholt das canonische [10]); — und wer selbst ein Verbrechen eingestanden hat, den soll man nicht einmal nach Mitschuldigen befragen [11]). Und nach canonischem Recht wird derjenige, welcher ein Verbrechen begangen hat und dessen geständig oder überführt ist, selbst in

---

7) L. 19. C. de his, qui accusare non poss.

8) cap. 56. X. de testibus.

9) L. 11. C de testibus.

10) cap. 10. X de testibus.

11) *L. ult. C. de his, qui accusare non possunt.* — cum veteris juris auctoritas de se confessos, ne interrogari quidem de aliorum conscientia sinat. Nemo igitur de proprio crimine confitentem super conscientia scrutetur aliena.

Civilsachen nur, wenn ihn nicht infamia begleitet und er sich gebessert hat, in Criminalsachen aber niemals zum Zeugen gegen irgend Jemanden zugelassen [12]).

Von diesen Grundsätzen weicht die Carolina im Allgemeinen gar nicht ab. Sie legt den Angaben eines Mitschuldigen gegen den Mitschuldigen im Allgemeinen keinen Werth bei. Sie will nur, daß demjenigen, der ein Verbrechen bereits gestanden hat, über einen gewissen Punct, unter gewissen Voraussetzungen, bis zu einem gewissen Grade geglaubt werden soll. Nichts berechtigt uns, anzunehmen, daß, zufolge der Carolina, die Angaben eines Mitschuldigen, sollten sie auch mit anderen Beweisen übereinstimmen, den Beweis oder Verdacht gegen den Mitschuldigen verstärken. Bloß davon ist die Rede, daß wenn ein geständiger Verbrecher, welcher bei seiner Missethat Helfer gehabt, diesen oder jenen als Gehülfen nennt, aus dieser Angabe, unter gewissen Voraussetzungen, ein so dringender Verdacht entsteht, daß er darauf auf die Folter gelegt werden kann. Es ist nur die Benennung der Person des Theilnehmers, in Ansehung deren die Aussage des Mitschuldigen gegen den Mitschuldigen in Betrachtung kommt. Hingegen ist nirgends gesagt, daß dem Mitschuldigen gegen den Mitschuldigen in sonstigen Angaben, namentlich in solchen, die diesen beschweren, ohne ihm zum Vortheil zu gereichen, auf irgend eine Art zu trauen sey. (Daher ist die oben erwähnte Einschränkung, wiewohl sie an sich richtig ist, die Einschränkung einer nicht vorhandenen Regel.) Daß den Angaben des Mitschuldigen gegen den Mitschuldigen

---

[12]) C. 54. X. de testib.

auf keine Art zu trauen sey, folgt schon aus dem bekannten Satz: Testi injurato non creditur. Wenn wir selbst im Civilproceß diesen Grundsatz strenge befolgen, wenn der Richter dort auf ein unbeeidigtes Zeugniß nicht die geringste Rücksicht nimmt, wie sollte es im Criminalproceß anders seyn; wie sollte ein Mittel, was schon bei bloßen Streitigkeiten über das Mein und Dein gar nichts beweist, irgend etwas beweisen können, wenn es darauf ankömmt, Jemanden, der vielleicht sehr unschuldig ist, für einen Verbrecher zu erklären und ihm als einem Verbrecher eine Strafe, und vielleicht eine sehr schwere, zuzuerkennen? Es ist wahr, auch die bloße Benennung eines Mitschuldigen ist ein Zeugniß und zwar ein unbeeidigtes, und dennoch soll es, nach der Carolina, unter gewissen Umständen hinlänglich seyn, den Beschuldigten auf die Folter zu spannen. Dies ist aber etwas Außerordentliches, was sich schwerlich rechtfertigen läßt. Wie kann die bloße unbeeidigte Angabe eines Verbrechers, ohne weitere Rücksicht auf seinen, oftmals sehr zweideutigen, Charakter, wie umständlich sie auch seyn mag, eine so harte Maaßregel rechtfertigen? Kann er nicht aus Haß einen Unschuldigen angeben? Dieser Haß kann immer vorhanden seyn, wenn er auch nicht bewiesen werden kann. Und lassen sich nicht, außer dem Haß, noch manche andere Gründe denken, die ihn bewegen können, einen Unschuldigen in die Untersuchung zu verwickeln? Kann es z. B. nicht seyn, daß einer, der ein Verbrechen bereits gestanden hat und eine vielleicht sehr schwere Strafe befürchtet, in seiner verzweifelten Lage zu verzweifelten Mitteln greift, um die Untersuchung wenigstens in die Länge zu ziehen? Er soll zwar auch alle Umstände angeben, wie die Theilnahme des angeblichen Mitschuldigen am Verbrechen sich geäußert hat; aber, wer weiß es nicht, wie sehr um-

ständlich verschmitzte Verbrecher — lügen können. Ich will hier nur an einen Fall erinnern, der in dem höchst interessanten zweiten Theil der Feuerbachschen Rechtsfälle vorkommt, da ein gewisser Thalreuter, aus den nichtswürdigsten Beweggründen und unter der genauesten Angabe aller Umstände, mehrere Personen als Mitschuldige angab, die auf die Beschuldigung eines offenbaren Betrügers ins Gefängniß gesetzt, hernach unschuldig befunden und von dem Verbrecher endlich selbst dafür erklärt wurden [13]). Auf allen Fall sollte man eine so exorbitante Verfügung nicht weiter ausdehnen, als das Gesetz ausdrücklich verordnet hat.

Die Angabe der Umstände, deren ich so eben erwähnte und die eins von den Erfordernissen ist, unter denen aus der Bezüchtigung eines Mitschuldigen eine Anzeige entsteht, kann hier nicht entgegengesetzt werden. Die Carolina will damit nicht sagen, daß dem Verbrecher bei dieser Angabe Glauben zugestellt werden soll. Diese Angabe scheint nach der Carolina einen doppelten Zweck zu haben. Einmal soll die Angabe der Umstände die Bezüchtigung selbst glaublich machen; — zweitens soll sie dem Richter zu weiteren Nachforschungen Gelegenheit geben; zu seiner Belehrung (notitiae gratia) soll er nach den Umständen fragen und sodann zu erforschen suchen, ob sie wahr oder falsch sind.

Endlich war es wohl gar die Meinung der Carolina nicht, daß, wenn nicht alle jene im Gesetz erwähnten Erfordernisse vorhanden sind, sondern das eine oder andere an der Zahl fehlt, zwar immer ein Verdacht gegen den Beschuldigten, aber ein schwächerer, entstehen soll. Die einzelnen

---

[13]) S. Feuerbachs actenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen, 2. Theil. Seite 417 folg.

Umstände sollten nicht vereinzelt einen Verdacht hervorbringen; jedes sollte nicht dazu dienen, den aus der Angabe hervorgehenden Verdacht immer stärker und stärker zu begründen; es sollte der Verdacht nicht mit jedem neu hinzukommenden Erforderniß einen neuen Zuwachs erhalten; nein, vereinigt mit einander und mit der Beschuldigung des Mitschuldigen, bringen sie ihn erst in ihrer Gesammtheit hervor. Es folgt dies 1. zum Theil schon daraus, daß einige dieser Erfordernisse, und sogar die meisten, bloß verneinend sind. Wenn der Richter den Gehülfen in der Frage genannt hat, wenn der Mitschuldige seine Angabe widerruft, soll dann ein Verdacht gegen den angeblichen Mitschuldigen entstehen oder fortdauern? 2. Bei einem dieser Erfordernisse bemerkt die Carolina ausdrücklich, daß, wenn es fehlt, dem Verbrecher, der den Mitschuldigen nennt, gar nicht geglaubt werden soll. Es heißt nämlich: Zum dritten gebühret sich's zu erkunden, ob der Sager in sonderer Feindschaft, Unwillen oder Widerwärtigkeit mit dem Versagten stehe. Dann wo solche Feindschaft, Unwillen oder Widerwärtigkeit öffentlich wäre oder erkundiget würde, so wäre dem Sager, solcher Sag, wider den Besagten, nicht zu glauben, er zeige dann u. s. w. 3. Nur bei zweien jener Erfordernisse wäre es möglich, daß der Verdacht auch ohne sie bestehen könnte, nämlich, wenn die Beschuldigung nicht umständlich, oder der Beschuldigte nicht *persona suspecta* wäre. Aber welchen Werth könnte eine nominatio socii ohne sie haben, da sie selbst mit ihnen einen sehr geringen und, wenn es nach der Rechtsregel ginge, gar keinen hat. 4. Endlich unterstützt die Carolina mit keiner Sylbe die Lehre der Rechtsgelehrten. Es heißt vielmehr gleich Anfangs, aus der Beschuldigung des Verbrechers entsteht ein Verdacht oder, mit den eigenen Worten

der Carolina, eine Argwöhnigkeit wider den Besagten, insofern bei solcher Besagung nachfolgende Umstände und Ding gehalten werden, die sodann aufgezählt werden. Nach diesen Worten der Carolina muß man annehmen, daß die aufgezählten Erfordernisse, wenn überhaupt ein Verdacht entstehen soll, conjunctim vorhanden seyn müssen.

Es kann wohl seyn, daß auch beim Mangel einzelner Erfordernisse dem Beschuldigten noch immer, nach Böhmers Lehre, etwas anhängt; diese Wirkung bringt bekanntlich, mehr oder weniger, auch die Verläumdung hervor, selbst die unwahrscheinlichste, wie schon das Sprichwort lehrt; aber der Richter darf so schwach nicht denken, wie der große Haufen der Menschen; nichts hängt dem Beschuldigten an, worauf der Richter Rücksicht nehmen könnte.

III.

Ueber Verbrechen, besonders Todtschlag aus Irrthum in Ansehung der Person.

Es entsteht die Frage: Ist derjenige eines vorsätzlichen Todschlags schuldig, der einen Menschen tödtet, den er nicht tödten wollte, statt eines andern, den er zu tödten die Absicht hatte? Matthäus [1]), J. S. F. Böhmer [2]) und Kreß [3]) lehren einstimmig, wer aus Irrthum (per erro-

[1]) de crim. lib. 48. tit. 5. nr. 12.
[2]) ad art. 145. C. C. C. § 2.
[3]) ad eundem art. 2.

rem) den Einen, statt des Andern tödtet, sey eines vorsätzlichen Todschlags schuldig. Es sey hier der böse Vorsatz und auch der Erfolg — die Tödtung — zusammen vorhanden, und wenn gleich der Thäter nicht die Absicht hatte, diese bestimmte Person zu tödten, so komme es doch darauf nicht an; nicht die Tödtung einer bestimmten Person, sondern der Todtschlag überhaupt, sey verboten. Wie lächerlich würde es nicht seyn, ruft Matthäus aus, wenn derjenige, welcher mit der Frau des Mevius die Ehe brach, sich damit entschuldigen wollte, er habe sie für die Frau des Titius gehalten, oder, wenn der Dieb, welcher die Ziege des Sempronius stahl, zu seiner Vertheidigung sich darauf beriefe, er habe geglaubt, sie gehöre dem Cajus; nicht jenen, sondern diesen habe er bestehlen wollen.

In der That, das wäre auch lächerlich — und überhaupt wird die Richtigkeit jener Lehre im Allgemeinen von mir nicht bestritten. Von den Alten ward sie sonst, wiewohl ohne Erfolg, angefochten, und schon Fachineus bemühte sich, die anders Denkenden eines Bessern zu belehren [4]). Die Stelle der Pandecten, worauf jene sich beriefen, handelt von einem Fall, der demjenigen, wovon hier die Rede, ganz entgegengesetzt ist [5]). Wer den Einen, statt des Andern, tödtet, hat doch immer den animus occidendi; aber der Herr, welcher den Sklaven züchtigen will, und unversehens einen andern Nebenstehenden trifft, hat den zur Injurie wesentlich gehörigen animus injuriandi nicht; er hat nämlich die Absicht nicht, den Nebenstehenden zu belei-

---

[4]) *Fachineus* controv. jur. lib. I. cap 37.

[5]) *L. 4. de injuriis.* Si cum servo meo pugnum dare vellem, in proximo te stantem invitus percusserim, injuriarum non teneor.

digen. Deshalb, glaube ich, wird in diesem Falle das Vorhandenseyn einer Injurie vom römischen Juristen abgeläugnet. Die Ausleger lehren, die Stelle gehöre deßhalb nicht hieher, weil der Herr in Verrichtung einer erlaubten Handlung begriffen sey. Ich zweifle, ob dies die Meinung des römischen Juristen gewesen, zumal man nicht unter allen Umständen sagen kann, daß der Herr, der den Sclaven züchtigt, in Verrichtung einer erlaubten Handlung begriffen gewesen. Es kann ja seyn, daß der Sklave die Züchtigung nicht verdient hatte. Auf allen Fall scheint es mir, der römische Jurist habe von dem Umstande ganz den Blick abgewendet, ob der Herr, ut ajunt, in re licita versirte oder in re illicita.

An sich hat es freilich seine Richtigkeit, daß, wer in Verrichtung einer erlaubten Handlung begriffen ist, wenn er dann per errorem einen Unschuldigen, statt des Schuldigen, beschädigt, einer vorsätzlichen Missethat nicht schuldig sey. Die Criminalisten lehren sogar, er sey ganz straflos. Doch darin, scheint es mir, gehen sie zu weit; denn in den meisten Fällen wird er in culpa seyn. Zwar, nach der Carolina [6]), ist derjenige von aller Strafe frei und ledig zu sprechen, der, im Stande der Nothwehr, den Angreifenden verletzen will, und einen Unschuldigen, statt seiner, beschädigt; aber dabei wird doch, wie es mir scheint, immer vorausgesetzt, daß der Vertheidiger, in Beziehung auf den Dritten, von Schuld rein ist, indem dieser ihm z. B. in den Schuß, Wurf u. s. w. läuft. Denn, konnte er, bei Anwendung gehöriger Vorsicht, den Dritten unverletzt lassen, so mußte er es auch [7]).

---

[6]) Art. 145.

[7]) Bestätigt wird dies durch

Doch ich entferne mich zu weit von der Frage, der diese Betrachtung gewidmet ist.

Wer aus Irrthum den einen, statt des andern, tödtet, der hat getödtet, der hat tödten wollen, und ist eines vorsätzlichen Todtschlags schuldig. Aber muß es ihm nicht zur Entschuldigung gereichen, daß er diese bestimmte Person nicht tödten wollte? — Statt diese Frage geradezu zu beantworten, wollen wir zuvörderst fragen: Hatte er wirklich nicht die Absicht, diese bestimmte Person zu tödten?

Mich dünkt, man müsse folgende Fälle sorgfältig unterscheiden, nämlich einmal den Fall, wovon hier zunächst und hauptsächlich die Rede ist, da Jemand wirklich aus Irrthum den einen, statt des andern, tödtet, z. B. der Mörder verfolgt seinen Feind in ein dunkles Zimmer, und findet einen Andern darin, den er für den Entflohenen hält; in diesem Wahn ersticht er ihn, und zweitens den andern, von dem vorigen ganz verschiedenen, Fall, da Jemand, indem er seinen Feind tödten will, fehlschlagend einem, der daneben steht,

L. 45. § 4. *D. ad Leg. Aquil.* — si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia: illum enim solum, qui vim infert, ferire conceditur, et hoc si tuendi duntaxat non etiam ulciscendi causa factum sit. — (Kreß a. a. O. no. 3.) lehrt sogar, im Stande der Nothwehr dürfe der Angegriffene auch mit Vorsatz und Absicht einen dritten Unschuldigen tödten, wenn dies zu seiner Vertheidigung nothwendig sey. Er sagt: ad sui necessariam defensionem licet quoque scienti volenti tertium occidere, siquidem in hac specie licito fine nempe sui defensione licita quoque debent esse necessaria finis media. Das hieße zu einem erlaubten Zweck ein unerlaubtes Mittel in Anwendung bringen, und, statt Unrecht abwehren, selbst Unrecht begehen.

steht, das Leben raubte. Die Criminalisten **Matthäus Böhmer**, **Kreß** lassen beide Fälle gleichen Schritt halten, oder vielmehr, sie wenden, was sie im Allgemeinen von der Tödtung per errorem lehren, auch auf den zuletzt erwähnten Fall an, als sey er darunter begriffen. Mir aber scheint es, daß beide Fälle gar sehr von einander abweichen. Im ersten Fall tödtet der Irrende, er will auch tödten, und, was als ein Paradoxon erscheinen wird, ich behaupte sogar, er hat auch die Absicht, diese bestimmte Person zu tödten. Der, den er tödtet, gerade den will er auch tödten, und von einem gewöhnlichen Todtschläger unterscheidet er sich bloß darin, daß er nicht den Willen gehabt haben würde, den Getödteten zu tödten, hätte er gewußt, daß es sein Feind nicht sey [8]). Gerade dadurch unterscheidet sich dieser Fall von dem zweiten. Im zweiten Fall wollte der Thäter den Getödteten nicht tödten. Dieser Erfolg — die Tödtung dessen, den er fehlschlagend traf — lag nicht in seinem Plan. Hier muß man den Thäter im Verhältniß zu jedem besonders betrachten:

1. In Beziehung auf seinen Feind. Er wollte tödten, hat aber nicht getödtet, und, was ihm zur Last fällt, ist conatus homicidii.
2. In Beziehung auf den Dritten. Hier wollte er nicht tödten, hat aber getödtet, und was ihm zur Last fällt, ist homicidium culposum. Seine That in Beziehung

---

[8]) Es läßt sich hiefür zur Bestätigung folgende Stelle des römischen Rechts anführen. *L.* 18. *§* 3. *de injuriis.* Si injuria mihi fiat ab eo, cui sim ignotus, aut si quis putat, me Lucium Titium esse cum sim Cajus Sejus, praevalet quod principale est, injuriam cum mihi facere velle. Nam certus sum ego, licet ille putat me alium esse, quam sim, et ideo injuriarum habeo actionem.

auf den Dritten, ist eine besondere Art unbeabsichtigter Verschuldung. Mit eben dem Recht, wie ihn, könnte man denjenigen einen Mörder nennen, der im Jahre 1790 einen Todtschlag begehen wollte, aber sein Vorhaben nicht zur Ausführung brachte und darauf im Jahre 1800 aus Unvorsichtigkeit einen Anderen um's Leben brachte. Man rechnete den bösen Vorsatz von 1790 mit der Tödtung von 1800 zusammen und auf solche Art würde ein homicidium dolosum zu Tage gefördert. Oder denjenigen einen Dieb, der im November die Uhr des Mevius stehlen wollte und im December die Uhr des Titius, oder allenfalls auch dieselbe Uhr des Mevius, aus Versehn in die Tasche steckte. Zwischen diesen Fällen und dem vorher angenommenen (zweiten) ist kein wesentlicher Unterschied; denn der Umstand, daß in dem vorher angenommenen (zweiten) Fall der Vorsatz, den einen zu tödten, mit der unvorsätzlichen wirklichen Tödtung des andern gleichzeitig zusammentrifft, begründet keinen und erregt einen bloßen falschen Schein, der bei näherer Betrachtung verschwindet.

Hingegen, wer aus Irrthum den einen, statt des anderen, tödtet, hat den Getödteten vorsätzlich erschlagen. Der Irrthum verändert die Identität der Person desjenigen nicht, an welchem das Verbrechen begangen ward, und gereicht dem Thäter nicht zur Entschuldigung. Eben so gut könnte der Raubmörder sich damit entschuldigen, er würde das Verbrechen nicht begangen haben, hätte er gewußt, daß der Gemordete kein Geld bei sich führte. Auch beim Ehebruch bleibt der Thäter, der falschen Vorstellung ungeachtet, die er sich über die Persönlichkeit des Mannes machte, was er ist,

nämlich Ehebrecher. Beim Diebstahl, wo das nächste Object des Verbrechens eine Sache ist, fällt es vielleicht am meisten in die Augen, daß der Dieb nicht minder Dieb heißt, weil er wähnte, sie habe einen andern Herrn, als denjenigen, dem sie wirklich gehörte.

Ich komme, zur Bestätigung der aufgestellten Unterscheidung, noch einmal darauf zurück, daß, nach der Entscheidung des römischen Juristen, der Herr, welcher den Sklaven züchtigen will, und unversehens einen andern Nebenstehenden trifft, keiner Injurie schuldig sey. Darin, dünkt mich, liegt ja im Grunde die Bestätigung, daß demjenigen, welcher den einen tödten will, und fehlschlagend einem andern das Leben nimmt, kein homicidium dolosum zur Last falle. Hier fehlt der animus occidendi, wie dort der animus injuriandi.

Der Irrthum kommt bei Injurien in Betrachtung und gereicht dem Irrenden zur Entschuldigung, wenn er den animus injuriandi völlig ausschließt. Leyser stellt diesen Satz auf [9]) und beruft sich dabei auf die angeführte L. 4. D. de injuriis. Aber an dem animus injuriandi fehlt es nicht, wenn einer aus Irrthum den einen, statt des andern, injuriirt. Auch lehrt Leyser [10]) selbst, der Irrthum in Ansehung der Person entschuldige den Beleidiger nicht. Als Grund führt er an: maleficia non ex eventu, sed ex animo judicantur, und beweiset dadurch, daß auch ihm der wahre Grund, worauf der an sich richtige Satz beruht, verborgen blieb. Das Beispiel, was er anführt, ist folgendes: Von einem gewissen Müller zum Zorn gereizt, rächte sich der Beleidigte in der Antwort an einem andern Müller,

---

[9]) spec. 530. med. 1. | [10]) med. 4.

durch die Gleichnamigkeit beider verführt. Der beleidigte Müller klagte und der Beklagte ward verurtheilt; und zwar, nach meinem Ermessen, mit vollem Recht. Denn der Beklagte beleidigte, wollte auch beleidigen und zwar, wie ich glaube, diese bestimmte Person. Er glaubte, dieser Müller habe ihn gereizt und wollte an diesem Müller sich rächen. Immer muß man unterscheiden, was Jemand wirklich will, von dem, was er unter andern Umständen gewollt oder vielmehr nicht gewollt haben würde. Ganz anders wäre es gewesen, wenn der Brief, der seine Antwort enthielte, aus Versehn, wie wohl zu geschehen pflegt, mit einer unrichtigen Aufschrift abgesandt wäre. Dann wollte er zwar beleidigen, aber nicht die Person, welche den Brief erhielt. Nach dem von ihm angeführten Grunde hätte Leyser auch in diesem Falle den Schreiber der Antwort einer Injurie gegen den Empfänger schuldig finden müssen.

Zusatz.

Diese Abhandlung erschien zuerst im neuen Archiv des Criminalrechts, 1820. Dritter Band, Abhandlung 21. Ich habe sie wieder durchgesehen und finde daran nichts zu verändern.

Wenn Jemand den einen todt schießen oder überhaupt tödten will und einen anderen trifft, so scheint ein homicidium dolosum vorhanden zu seyn. Aber in der That ist hier nur Vorsatz und Todtschlag; jedoch kein vorsätzlicher Todtschlag. Es mag seyn, daß ein solcher homidica nicht, oder nicht viel, geringer zu bestrafen sey, als ein gewöhnlicher Todtschläger, weil hier mit der Tödtung Vorsatz zu tödten zusammentrifft und der wirklich beabsichtigte Erfolg ohne seinen Willen ausbleibt; an sich selbst sind beide verschieden.

Immer ist hier kein vorsätzlicher Todtschlag begangen. Die begangene strafbare That, der Todtschlag, welcher erfolgt ist, war nicht beabsichtigt.

Was mich in meiner Meinung bestärkt, ist ein ähnlicher Fall, den ich neulich in Klein's Annalen Bd. 18. No. 11. fand. Eine Frau wollte ihren Mann mit Gift tödten; aber ein anderer genoß das Gift und starb daran. Der Richter — fand sie keines vorsätzlichen Todtschlags schuldig — und Klein billigt dies Urtheil. S. 223. in der Note.

IV.

Wiefern kann Wiederholung eines Verbrechens einen Grund enthalten, die Strafe zu schärfen? Besonders von Bestrafung wiederholter Diebstähle. *)

Wird ein Verbrechen wiederholt begangen, so ist entweder das frühere Verbrechen bereits bestraft oder nicht. Im letztern, nur des Zusammenhanges wegen hier zu berührenden Falle ist, nach der Strenge des Rechts, die Strafe bekanntlich so viel Mal verwirkt, als das Verbrechen begangen ist. Das römische Recht stellt den vernünftigen, aus der Natur der Sache sich ergebenden, allgemeinen Grundsatz auf: das eine Verbrechen kann nicht bewirken, daß die

*) Diese Abhandlung erschien zuerst im neuen Archiv des Criminalrechts, Bd. 5. Abh. 20. S. 479. folg. Sie erscheint hier unverändert.

Strafe des andern concurrirenden verringert werde [1]). Jedes ist folglich mit der vollen Strafe zu büßen. Daher verwarfen, wenn nicht schon Carpzov [2]), doch J. S. F. Böhmer [3]) und Leyser [4]) die von italienischen Rechtsgelehrten ursprünglich ausgegangene Regel: *poena major absorbet minorem*, als solche, indem sie eine andere: *singula delicta singulas poenas merentur*, an deren Stelle setzten. In besonderer Anwendung jener Regel des römischen Rechts auf wiederholte Verbrechen derselben Art, womit wir es hier zu thun haben, lehrt das canonische im *Cap. 1. X. de poenis:* ea quae frequenti praevaricatione iterantur, frequenti sententia condemnentur, und die vorangeschickte Summe drückt diesen Satz so aus: toties puniendus est criminosus, quoties delictum iterat. Da indessen die Strafen alle von derselben Art sind, so können sie oftmals nicht mit einander verbunden werden, wenigstens nicht, ohne daß durch die Verbindung die Strafübel widerrechtlich erhöhet werden, und es bleibt in solchen Fällen nichts anders übrig, als auf die, durch das eine Verbrechen verwirkte, Strafe zu erkennen, mit einem schärfenden Zusatz [5]). Haben die Gesetze für den Fall wiederholter Verbrechen eigene Strafen bestimmt, so kann freilich von einer Häufung der mehreren verwirkten Strafen so wenig die Rede seyn, als von Schärfung der einen, da das Gesetz selbst schon

[1]) L. 2. D. de priv. delict.

[2]) Pract. rer. crim. quaest 132. nr. 3.

[3]) Elem. jurispr. crim. ed. 4. sect. 2. cap. 1. §. 28. 29. *Idem ad Carpzov.* qu. 132. obs. 1.

[4]) Spec. 575. mod. 3. 4 et 5. item spec. 644. med 3. 4. 5.

[5]) *Böhmer* ad Carpzov. c. l. *Koch* princ. jur. crim. 160. Kleinschrod Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts § 104 und 107.

die Wiederholung bei Festsetzung der Strafen berücksichtigt hat.

Was aber ist Rechtens, wenn das frühere Verbrechen bereits bestraft ist? Dies ist es eigentlich, was hier zur Sprache kommen soll. Kann in diesem Falle, bei Bestimmung der Größe des Strafübels für das zweite Verbrechen, Rücksicht darauf genommen werden, daß der Verbrecher ein Verbrechen dieser Art schon einmal begangen hat, und muß die Strafe eines Verbrechens erhöht werden, weil das Verbrechen ein wiederholtes ist? Die Rechtslehrer bejahen diese Frage nicht nur, sondern sehen die Bejahung als eine ausgemachte Sache an [6]). An einer eigentlichen Untersuchung darüber fehlt es. Ohne mich sogleich für das Eine oder Andere zu entscheiden, sey es mir erlaubt, jene Lehre durch Darlegung der Gründe, die mir entgegen zu stehen scheinen, so wie derjenigen, worauf sie gestützt werden kann, einer kurzen Prüfung zu unterziehen.

An und für sich, scheint es mir, sey durchaus kein Grund vorhanden, nachdem das erste bestraft ist, die Strafe des zweiten Verbrechens, um der Wiederholung willen, zu schärfen. Durch die erlittene Strafe ist das erste Verbrechen abgebüßt und kann nicht weiter in Rechnung kommen. Die Schuld, die der Verbrecher durch Begehung der That auf sich geladen, hat er getilgt, dem Strafgesetz ist genug geschehen und der beleidigte Staat ist mit dem Verbrecher wieder ausgesöhnt. Sollte nun,

---

6) Siehe z. B. *Covarruvias a Leyva* variar. resolut. Lib. 2. cap. 9. nr. 7. *Farinacius* de delictis et poenis Lib. 1. tit. 3. qu. 23. nr. 8. *Matthaeus* de crim. lib. 48 tit. 18. cap. 4. nr. 27. 28. Tittmann Handbuch des Strafrechts 1r. Th. § 132.

bei Wiederholung des Verbrechens, das Andenken an die frühere Missethat erneuert und die Strafe geschärft werden, so würde ein schon bestraftes Verbrechen aufs Neue bestraft werden, und der Staat eine Forderung zum zweiten Mal geltend machen, derentwegen er bereits völlig befriedigt, die durch Zahlung erloschen ist. Nein, der Verbrecher, welcher die Missethat wiederholt begeht, leide aufs Neue die durchs Gesetz gedrohete Strafe ohne Schärfung; was früher von ihm verbrochen und gebüßt ist, komme nicht weiter in Betrachtung. Will man das Gegentheil annehmen, so muß man noch weiter gehen und auch behaupten, daß, wer ein Verbrechen zum zweiten Mal begeht, und für das erste noch nicht bestraft ist, dreifach bestraft werden muß. Er muß nämlich die verwirkte Strafe doppelt leiden und dann noch besonders für die Wiederholung bestraft werden. Dies aber ist den Gesetzen nicht gemäß und auch, zu behaupten, meines Wissens, Niemanden in den Sinn gekommen. Oder sollte etwa nicht das Verbrechen, sondern die erlittene Strafe den Grund enthalten, weshalb die Strafe des erneuerten Verbrechens zu schärfen wäre? Die Strafe an sich kann es nicht machen, sie, welche, ihre Natur nach, den Verbrecher mit Schuld nicht beschwert, ihn vielmehr frei davon macht. In den Augen des Gesetzes kann oder vielmehr soll die Strafe wohl unangenehme Empfindungen in dem Verbrecher erwecken, ihm aber keine andere nachtheiligen Folgen zuziehen.

Wenn der Zweck der Strafe Besserung des Verbrechers wäre, was, beiläufig gesagt, der römische Jurist Paulus dafür gehalten [7]), da freilich ließe sich allerdings annehmen,

---

[7]) *L. 20. D. de poenis.* Si poe- | na alicui irrogatur, receptum est,

daß das wiederholte Verbrechen schwerer zu bestrafen sey, als das erste. Von einem bestraften Verbrecher, der in denselben Fehler zurückfällt, lehrt die Erfahrung ja, daß die erste Strafe nicht groß genug gewesen, ihrem Zwecke (der Besserung) zu entsprechen, folglich muß sie erhöht werden. Aber, darin sind wohl alle einverstanden, daß der Staat keine Erziehungsanstalt, und das Besserungsprincip, was manche Arten von Strafen, z. B. Todesstrafen, gänzlich ausschließt, das wahre nicht sey; wiewohl nicht zu leugnen ist, daß selbiges auf unsere Gesetzgebung nicht ohne allen Einfluß gewesen. Durch die Strafe sollen Alle von der Uebertretung des Gesetzes abgeschreckt werden, und der Zweck der Strafe beschränkt sich also nicht auf den Einzelnen; es ist folglich überall kein Grund vorhanden, denjenigen, welcher ein Verbrechen wiederholt, härter zu bestrafen, als er das erste Mal bestraft ward. Da der letzte Zweck der Strafgesetze darin besteht, die Befolgung gewisser Gesetze und die Unterthanen gegen Beleidigungen sicher zu stellen, so läßt es sich wohl rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber für Wiederholungsfälle Sicherheitsmaßregeln gegen den Verbrecher anordnet, aber die Strafbarkeit der That an und für sich wird dadurch nicht erhöht. Nur bei unbestimmten Strafgesetzen kann dem Richter allenfalls erlaubt seyn, die Strafe um der Wiederholung willen zu erhöhen, nämlich auf eine größere Strafe zu erkennen, als außerdem geschehen wäre, in sofern als derjenige, welcher, der erlittenen Strafe ungeachtet, das Verbrechen aufs Neue begeht, einen

---

commentitio jure, ne ad heredes transeat: cujus rei illa ratio videtur, *quod poena constituitur in emendationem hominum;* quae mortuo, in quem constitui videtur, desinit.

besonders hohen Grad von bösem Willen verräth. Hingegen bei bestimmten Strafgesetzen kann Strafschärfung nur gerechtfertigt werden durch ein besonderes Gesetz, was aber dadurch aus seiner rechten Bahn tritt, indem es auf den Einzelnen sieht, statt das Allgemeine ins Auge zu fassen. In Ermangelung eines solchen Gesetzes hindert in einzelnen Fällen die Möglichkeit erhöheter Strafe schon der Umstand, weshalb Feuerbach [8]) Strafschärfung überhaupt verwirft, nämlich, weil Strafe vorhergegangene Drohung voraussetzt, mit diesem erhöhten Strafübel aber vom Gesetze nicht gedroht ist.

Werfen wir nun einen Blick auf das positive Recht, so muß man gestehen, wie das römische der gemeinen Lehre zur Seite stehe. Unter den Criminalisten beruft Farinacius sich auch bloß hierauf, während andere ihren Satz aus allgemeinen Grundsätzen oder aus beiden ableiten. Die Stelle des römischen Rechts, worauf man sich beruft, — L. 28. § 3. D. de poenis — rührt von Callistratus her und lautet also: Solent quidam, qui vulgo se juvenes appellant, in quibusdam civitatibus turbulentis se acclamationibus popularium accommodare, qui si amplius nil admiserint nec ante sint a praeside admoniti: fustibus caesi dimittuntur aut etiam spectaculis eis interdicitur: quod si ita correcti, in eisdem deprehendantur, exilio puniendi sint: nonnumquam capite plectendi: scilicet cum saepius seditiose et turbulente se gesserint et aliquoties adprehensi, tractati clementius, in eadem temeritate propositi perseveraverint. Einige andere Stellen, die Matthäus anführt, reden von

[8]) Revision der Grundsätze des peinlichen Rechts Theil 1. S. 331 und ff.; ingleichen Lehrbuch des peinlichen Rechts § 95.

dem Fall, da die früher begangenen Verbrechen noch unbestraft sind. Annehmen läßt sich nun wohl eben nicht, daß die Lehre des Callistratus auf das Verbrechen zu beschränken sey, wovon er zunächst spricht; denn warum sollte gerade nur hier die Wiederholung erhöhete Strafbarkeit nach sich ziehen? auch steht seine Lehre unter dem Titel der Pandekten de poenis, anzudeuten, wie es scheint, daß sie allgemein sey. Und wenn wir uns erinnern, wovon eben die Rede war, an die Lehre des Paulus, daß der Zweck der Strafe Besserung des Verbrechers sey, darf uns die Lehre des Callistratus nicht Wunder nehmen; die eine steht vielmehr im besten Einklang mit der andern. Ueberhaupt kommt im römischen Criminalrechte, um es beiläufig zu bemerken, Manches vor, was uns, nach unsern Ideen, seltsam erscheinen muß. So z. B. lehrt Claudius Saturninus [9]): nonnunquam evenit, ut aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quotiens nimirum multis personis grassantibus exemplo opus sit. Ob diese Lehre für den Gesetzgeber bestimmt sey, wie Leyser [10]) annimmt, oder für den Richter, ist zweifelhaft. Abgesehen von ihrer ursprünglichen Bedeutung, kann sie, wie sie hier steht, kaum anders, als auf den Richter bezogen werden.

Beim Diebstahle kommen Wiederholungen besonders häufig vor, und es entsteht die Frage, ob die Carolina die Strafe des wiederholten Diebstahls erhöht habe. Die Criminalisten scheinen dies zu glauben und auf den ersten Anblick spricht der Artikel 161 für diese Meinung. Kaiser Carl verordnet daselbst, wenn Jemand zum zweiten Male stiehlt, so beschwert der erste Diebstahl den andern. Dies

---

9) L. 16 § 10. D. de poenis. | 10) Spec. 646. med. 1. 2.

kann füglich so verstanden werden, die Strafbarkeit des zweiten Diebstahls wird durch die Wiederholung erhöht. Es scheint hier also von dem Falle die Rede zu seyn, da der Dieb, wegen des ersten Diebstahls bestraft, zum zweiten Male stiehlt, und nun, um der Wiederholung willen, härter bestraft werden soll, wie das erste Mal. Wirklich haben die Ausleger den Kaiser von einem solchen Falle verstanden. Allein, der Artikel selbst giebt zwei dringende Gründe für das Gegentheil an die Hand. Einmal wird in Ansehung beider Diebstähle, zum Behuf der Bestrafung, erfordert, daß sie zuvor hinlänglich erforscht und ausgemittelt sind, da es doch, wäre der erste bereits bestraft, nur in Ansehung des zweiten einer solchen Beweisführung bedürfen könnte, indem über den ersten und dessen bereits geschehene Bestrafung die gerichtlichen Akten Auskunft geben würden. Zweitens sollen, wenn beide Diebstähle die Summe des großen ausmachen, die Grundsätze Anwendung finden, die vom furto magno gelten. Dies ist doch ein offenbarer Beweis, daß der erste Diebstahl als noch nicht bestraft vorausgesetzt wird, denn, wie könnte er sonst mit dem zweiten zusammengerechnet und mithin in seinem ganzen Umfange noch einmal bestraft werden? Der Artikel hat es also mit dem oben abgehandelten ersten Falle zu thun, da mehrere und zwar wiederholte Verbrechen an dem Missethäter zu bestrafen sind, nicht aber, da die Strafe des zweiten Verbrechens, wegen der Wiederholung, zu schärfen ist; und wenn Kaiser Carl sagt: der erste Diebstahl beschwert den andern, heißt dies nicht, die Strafbarkeit des zweiten Diebstahls wird erhöht, sondern die Strafbarkeit des Diebes. An ihm sind nämlich zwei Diebstähle zu bestrafen und diese sollen zusammengerechnet werden, wenn beide ein furtum

magnum constituiren. Natürlicher wäre es wohl gewesen, wenn jeder Diebstahl einzeln für sich betrachtet und der Dieb mit der verdienten Strafe doppelt belegt, oder die verdiente Strafe geschärft, kurz, wenn er bestraft wäre, wie wiederholter Diebstahl bestraft werden soll, im Fall der Betrag der mehreren Diebstähle zusammengenommen kein furtum magnum ausmacht. Das würde mit den vorher aufgestellten allgemeinen Grundsätzen übereinstimmen, während jetzt der Dieb ungebührlich hart behandelt wird. Die Bestimmung verräth eine rohe Zeit, die, wenn sie von fremder Leitung verlassen, auf ihre eigene Kraft etwas wagt, leicht fehl greift. Auch selbst mit der Erhöhung der Strafe für wiederholte Diebstähle, deren Betrag zusammen kein furtum magnum ausmacht, ist es etwas Besonderes. Die Strafe ist nur in sofern höher, als der Unterschied zwischen furtum manifestum und non manifestum dabei nicht in Betrachtung kommen soll; außerdem ist sie sogar geringer, als die Strafe des ersten furti manifesti.

Also, nicht vermöge einer besondern Bestimmung der Carolina, sondern nur vermöge allgemeiner Grundsätze kann die Strafe des zweiten Diebstahls um der Wiederholung willen geschärft werden; besonders, scheint es, müsse dies deshalb geschehen, weil bei Bestrafung des Diebstahls, nach der Carolina, die Hoffnung der Besserung in Betrachtung zu ziehen ist und diese im Fall der Wiederholung geringer wird. Auf keinen Fall kann es sich aber mit der Steigerung der Strafe so weit erstrecken, daß diese absolut größer ausfallen oder gar verdoppelt werden müßte. Sonst müßte ja, wer zuvor wegen Diebstahls im Zuchthause büßte und nach seiner Entlassung ein Huhn stiehlt, wiederum ins Zuchthaus wandern, und noch dazu doppelt so lange. Nein,

wenn auch die Strafbarkeit der That im Allgemeinen durch die Wiederholung gesteigert wird, kann doch in concreto die Strafe des Thäters geringer ausfallen. Nur wenn alles Uebrige gleich ist, muß die durch die That verwirkte Strafe die vorige an Größe übertreffen. Hingegen kann die Strafbarkeit, die durch das eine Gewicht erhöht wird, durch ein anderes wieder vermindert werden. Nun kommt es aber bei Bestrafung eines Diebstahls hauptsächlich auf die Größe des Gegenstandes an, woran das Verbrechen begangen wird. Ueberhaupt sind die Momente, wornach die Größe der Strafe des Diebstahls abzumessen ist, auch bei wiederholten Entwendungen in Betrachtung zu ziehen.

Um dann auch von dem dritten Diebstahl zu reden, so ist bekannt, wer zum dritten Male stiehlt, soll, wenn es nach der Carolina geht, ohne weitere Rücksicht das Leben verlieren. Dabei bleibt es nun in der Theorie fortwährend zweifelhaft, ob die beiden früheren Diebstähle schon untersucht und bestraft seyn müssen. Nach dem, was ich so eben über den zweiten Diebstahl gesagt habe, scheint dies nicht erforderlich zu seyn. Kaiser Carl, der vorher von dem zweiten Diebstahle geredet hatte, nämlich von dem Falle, da zwei Diebstähle begangen und beide noch unbestraft geblieben sind, sollte nun, da er, in der Fortsetzung dieser Materie, vom dritten spricht, hier, was er vorher nicht gethan hatte, die beiden früheren als bestraft voraussetzen, und dies ließe sich annehmen, ohne daß er selbst mit einem einzigen Worte darauf hindeutet? Im Gegentheil verlangt er auch hier, zum Behuf der Bestrafung, daß der Inquisit der dreifachen Entwendung überführt werde,

zum offenbaren Beweise, daß die früheren noch nicht untersucht und bestraft sind [11]).

Ob nun gegen das Gewicht dieser Gründe der äußere, welchen die von Konopak in seiner bekannten Abhandlung über den dritten Diebstahl [12]), der ich Gerechtigkeit wiederfahren lasse, wenn ich auch in ihre Resultate nicht einstimme, zu diesem Zweck benutzte Stelle aus Damhouder darbietet, in Betrachtung kommen könne, ob historisches Forschen, beiläufig gesagt, uns nicht oftmals irre leite, und manchen Wahn veranlasse, den wir ohne diese Mühe vermieden haben würden, ob wir überhaupt berechtigt sind, uns bei der Auslegung ihrer in dem Grade zu bedienen, wie dies oftmals geschieht, das will mir nicht einleuchten. Und eben so scheinen mir auch die Gründe nicht haltbar zu seyn, wodurch Konopak das aus dem erforderlichen Beweise des dreifachen Diebstahls entlehnte Argument zu entkräften sucht; denn, indem Carl Beweis des dreifachen Diebstahls erfordert, verlangt er implicite auch den Beweis des ersten und zweiten, und wir sind keinesweges berechtigt, anzunehmen, daß der Kaiser sich unrichtig ausgedrückt, daß er des dreifachen, statt des dritten, gesagt habe, oder, daß er habe sagen wollen, es müsse, außer den beiden frühern, bereits bewiesenen, nun auch der dritte Diebstahl erwiesen werden. Ferner, wenn die beiden früheren Diebstähle bereits bestraft sind, kann darüber, daß sie begangen sind, kein Beweis weiter nöthig seyn, sondern nur, daß sie bestraft sind. Auf jeden Fall läßt sich nach der Art, wie Kaiser Carl sich

11) Dies hat auch *J. S. Boehmer* elem. jurispr. crim. § 182. not. * schon erkannt.

12) Archiv des Criminalrechts 5. Bd. 2. St. Abhandl. 5.

ausdrückt, nicht annehmen, daß er ein bloßes Nachlesen der Akten gemeint haben könne. Er drückt sich nämlich so darüber aus, daß man offenbar sieht, daß er nicht Benutzung eines früheren Beweises, sondern erst jetzt durch den Richter aufzunehmenden Beweis über den dreifachen Diebstahl im Sinne hatte.

Wenn die Rechtsgelehrten auch einstimmig behaupteten, der dritte Diebstahl setze voraus, daß die beiden früheren bestraft worden, ich zweifle sehr, daß ich mit einstimmen würde. Ich glaube vielmehr, der Satz müsse, auf die Worte der Carolina gesehen, geradezu umgekehrt werden. Denn, wenn der Dieb die beiden frühern Diebstähle abgebüßt hat und also derentwegen nicht weiter bestraft werden kann, wäre es nun nicht die höchste Grausamkeit, ihn für die dritte Entwendung, ohne Rücksicht auf die Größe des Objects, mit dem Tode zu bestrafen? Es muß also angenommen werden, Carl rede von einem Falle, da der Dieb wegen der früheren Diebstähle dem Staate noch verschuldet ist, so daß er, indem er für den dreifachen Diebstahl zusammen die Strafe erduldet, wegen der aufgehäuften Schulden seinen Gläubiger auf einmal befriedigt. Man behauptet zwar, der Grund des Gesetzes ruhe in der Unverbesserlichkeit des Diebes, und diese sey nur dann als vorhanden anzunehmen, wenn er, wegen der frühern Diebstähle jedesmal bestraft, dennoch wieder stiehlt, so daß die Erfahrung lehrt, daß gelindere Strafen bei ihm vergebens angewandt werden. Ich halte dafür, daß der Grund des Gesetzes im Allgemeinen in der Gefährlichkeit eines solchen hominis trium literarum liege, aber nicht, daß diese blos aus früher vergeblich erlittener Bestrafung herzuleiten sey, wenigstens nicht, daß Carl sie daraus hergeleitet habe. Einen an-

anderen Einwurf mache ich mir. Die Strafe nimmt hier die Natur eines Sicherheitsmittels gegen den Einzelnen an, und dieses Sicherheitsmittel ist noch nöthiger gegen einen, der, ungeachtet wiederholt erlittener Strafen, aufs Neue stiehlt, als gegen einen, der blos dreimal gestohlen hat. Bei dem Letzteren ist mehr Hoffnung der Besserung, wie bei dem Ersteren. Daraus würde nur folgen, daß Kaiser Karl seine Verordnung auf den Fall, da ein bestrafter Dieb zum dritten Male stiehlt, hätte ausdehnen müssen. Aber nein, auch dies folgt daraus nicht; denn an einem bestraften Diebe ist nichts weiter zu bestrafen, als das furtum tertium, während der unbestrafte noch für zwei frühere Diebstähle mit der schuldigen Strafe im Rückstande ist. Und daß ein solches Zusammenrechnen mehrerer Diebstähle Statt finde, selbst mit der Wirkung, daß die höchste Strafe dadurch gerechtfertigt werden kann, zeigt der nächst vorhergehende Artikel.

V.

Von der Gegenstellung naher Verwandten, besonders der Eltern mit den Kindern *).

Zu den Mitteln, deren sich die Richter im Strafverfahren zu bedienen pflegen, die Wahrheit zu erforschen, ge-

*) Diese Abhandlung erschien zuerst im neuen Archiv des Criminalrechts, Bd. 6. Abh. 25. S. 671. Sie erscheint hier unverändert.

hört bekanntlich die auf Gewohnheit beruhende Gegenstellung, wornach der Criminalprozeß nicht weit zu suchen nöthig hatte, da sie schon im gemeinen Leben vorkommt. Die Gewalt der Wahrheit, wenn sie dem Schuldigen von einem Mitwissenden vorgehalten wird, wenn ihm die Umstände der That ins Gesicht gesagt werden, können bewirken, daß er, beschämt und in Verwirrung gesetzt, in diesem erregten Gemüthszustande der Wahrheit die Ehre giebt, indem er die That eingesteht, die das Gesetz haßt und ihm zur Last gelegt wird. Möglich auch, daß der Gedanke, der Richter sey doch von Allem unterrichtet und längeres Läugnen werde vergeblich seyn, oder, bei Mitschuldigen, das Beispiel, was der Läugnende an dem Gestehenden nimmt, zu diesem Erfolg mitwirken, wenn sie ihn nicht etwa herbeiführen. Was es aber auch seyn mag, was diese Wirkung hervorbringt — worüber die Verbrecher selbst die beste Auskunft geben könnten, wenn die Richter nach dem Geständniß Gelegenheit nehmen wollten, sie darüber zu befragen — der Erfahrung zufolge, bewährt sich die Gegenstellung in dieser Hinsicht nicht selten als sehr nützlich. Und wo sie diese Wirkung hat, dient sie vielleicht, durch die Zeichen der Schuld den Verdacht gegen den Beschuldigten zu verstärken, oder auch, durch die Zeichen der Unschuld das Gegentheil wahrscheinlich zu machen. Ueberhaupt ist die Gegenstellung, weder der Absicht, noch dem Erfolge nach, immer nur ein Mittel, einen läugnenden Inquisiten zum Geständniß zu bewegen, oder ihn verdächtig zu machen, sondern sie kann auch dazu dienen, seine Unschuld an den Tag zu bringen. Es muß daher, nach meinem Ermessen, dem Inquisiten frei stehen, an seinem Theil, zum Beweise seiner

Unschuld, auf die Confrontation anzutragen. Daß er bei der Confrontation den Zeugen Fragen vorlegen dürfe, um sie dadurch des falschen Zeugnisses zu überführen, hat schon ein Alter angemerkt [1]).

Dies zur Einleitung einer Betrachtung, die es doch nicht mit der Gegenstellung im Allgemeinen zu thun hat, sondern nur mit den Personen, die, entweder überall nicht, oder doch nicht wider ihren Willen, mit dem Inquisiten zusammenzustellen sind.

In einem gewissen Rechtsfalle hatte der Richter dem Vater den Sohn gegenüber gestellt. Beide waren Mitschuldige, jener läugnete die That, dieser hatte sie bereits eingestanden, und es sollte nun der Vater durch den Sohn zum Geständniß gebracht werden. Mir scheint es, daß der Richter zur Erlangung des Geständnisses sich eines unerlaubten Mittels bediente. Denn Eltern und Kinder einander entgegen zu stellen, scheint unerlaubt zu seyn Tabor, welcher die ganze Lehre von der Gegenstellung zu bearbeiten unternahm, schweigt über diesen Satz, indessen erklärt er doch, es sey nicht rathsam, daß der Richter den Vater und den Sohn einander gegenüber stelle; es sey zu besorgen, daß bei der Confrontation der eine gegen den andern bei seiner Aussage nicht beharren werde, jetzt wo es darauf ankomme, sie ihm ins Angesicht zu wiederholen, wenigstens nicht, ohne zu wanken, und dies möchte auf die Untersuchung von nachtheiligem Einfluß seyn. Und gleich hinterher findet er den Bruder nicht schuldig, sich dem Bruder entgegenstellen zu lassen [2]). Dasselbe wird er dann auch von Personen gelten

---

[1] *Ambrosin.* Proc. inform, Lib, 3. cap. 9. nr. 6.

[2]) *Tabor.* de confrontatione th. 1. § 33. 34. item Disp. 5. cap. 1. § 10.

lassen müssen, die noch näher verwandt sind. Ich gehe noch weiter und glaube, daß Eltern und Kinder und eben so Ehegatten, wenn sie auch wollten, einander nicht entgegengestellt werden dürfen. Dabei versteht es sich, daß ich nicht von dem Fall rede, da diese Personen in Criminalfällen neben einander Zeugen sind und die Gegenstellung keinen anderen Zweck hat, als die abweichenden Aussagen der Zeugen aufzuklären und mit einander in Uebereinstimmung zu bringen, sondern ich rede von dem Fall, da ein Zeuge dem Verbrecher oder des Verbrechens Beschuldigten, ein Mitschuldiger dem andern gegenüber steht.

Eltern und Kinder einander entgegen zu stellen, ist unsittlich. Muß es nicht jedes sittliche Gefühl empören, wenn der Sohn genöthigt wird, dem Vater Schandthaten ins Gesicht zu sagen, oder umgekehrt der Vater dem Sohn? Wird nicht durch diese Handlung die Liebe, die sie gegen einander hegen, die Achtung, die Ehrfurcht, die Kinder den Eltern schuldig sind, untergraben und Abneigung und Haß an deren Stelle gesetzt? Ist nicht wenigstens die Handlung ganz geeignet dazu, diese Wirkung hervorzubringen? Und dies geschieht von Seiten der Obrigkeit, die dergleichen zu verhüten suchen sollte! Daß Unsittliches geschehe, kann der Staat nicht wollen, am wenigsten aber dergleichen selbst veranlassen. Am allerwenigsten aber sollte er verwandte Personen zwingen, mit Verläugnung der heiligsten Gefühle der Natur, sich gegen einander zur Ueberführung von Verbrechen gebrauchen zu lassen.

Zwar fehlt es an ausdrücklichen Gesetzen, welche die Gegeneinanderstellung naher Verwandten oder der Ehegatten verbieten. Die Gesetzgebung hat von der ganzen Handlung, die, wie gesagt, ursprünglich auf Gewohnheit beruht, über-

haupt keine Kenntniß genommen. Indessen, glaube ich, lassen sich die Grundsätze, die das römische Recht über die Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses aufstellt, auf die Gegenstellung anwenden.

An und für sich würde niemand verbunden sein, sein Zeugniß in einer Sache abzulegen; die positiven Gesetze nöthigen ihn dazu. Doch hat das römische Recht gewisse Personen von der Verbindlichkeit losgezählt, gegen einander Zeugniß abzulegen.

L. 4. D. de test.

Lege Julia judiciorum publicorum cavetur, ne invita denuncietur, ut testimonium dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobrino, sobrinave natum, eosve, qui priore gradu sunt.

L. 5. D. eod.

In legibus, quibus excipitur, ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogatur, *generi* appellatione sponsam quoque filiae contineri placet: item *soceri*, sponsae patrem.

Wenn nun diese Personen nicht nöthig haben, gegen einander wider ihren Willen ein Zeugniß abzulegen, so sollen Eltern und Kinder, auch wenn sie wollen, nicht zum Zeugniß gegen einander zugelassen werden.

L. 6. C. de test.

Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt.

Voet [3]) nimmt an, dies gelte auch von Ehegatten, deren Liebe zu einander eben so stark, wenn nicht stärker sey, als die der Eltern und Kinder; nicht weniger gelte es von Brüdern und Schwestern. Zum Beweise diene der Umstand, daß unter den Personen, die nicht nöthig haben, gegen einander Zeugniß abzulegen, der Ehegatten und Geschwister keine Erwähnung geschehe; dies sey deshalb unterblieben, weil sie gegen einander gar nicht zeugen dürften. Es ist wahr, namentlich geschieht ihrer keiner Erwähnung, sollten sie aber nicht unter dem allgemeinen Satz am Schlusse:

eosve, qui priore gradu sunt,

enthalten seyn? Ich verstehe diesen Schlußsatz so:

oder die näher verwandt oder verschwägert sind,

und sehe nicht, was jene Worte hier für einen andern Sinn haben könnten. So viel ist außer Zweifel, daß Ehegatten und Geschwister denjenigen Personen beizuzählen sind, die nicht nöthig haben, gegen einander Zeugniß abzulegen; daß sie aber, auch wenn sie wollten, zum Zeugnisse nicht zuzulassen, folgt wenigstens aus dieser Stelle nicht. Eher ließe es sich, was Ehegatten betrifft, aus der Mißbilligung des *testimonii domestici* [4]) herleiten, besonders scheint es daraus zu folgen, daß das Band zwischen Ehegatten fast noch enger ist, wie unter Eltern und Kindern; Gründe, deren auch Voet sich nebenher bedient.

Die allgemeinen Grundsätze, welche die Römer über die Verbindlichkeit, oder hier, über die Unverbindlichkeit zum Zeugniß aufstellten, wandten sie auch namentlich auf die Aussage bei der Folter an. Nämlich es ist bekannt, die Römer

---

[3]) Ad titul. Dig. de test. § 3. seqq.

[4]) L. 3. C. de test.

bedienten sich, nach dem Beispiel der Griechen, der Folter nicht blos, um dadurch den Angeschuldigten zum Geständniß zu bewegen, sondern auch zum Behuf eines Zeugnisses, d. h. zum Behuf einer unter den Schmerzen der Folter abzulegenden Aussage über die Kenntniß des Gefolterten von der Missethat eines Dritten. Die Folter, als ein Mittel zur Hervorbringung eines glaubwürdigen Zeugnisses, fand zwar der Regel nach nur bei Sclaven Statt: ausnahmsweise wurden jedoch auch Freie gefoltert, als Ehrlose, oder solche, die in ihrer Aussage wankten u. s. w. [5]).

Nun finden wir eine Stelle unter dem von der Folter handelnden Titel der Pandecten, wornach kein Bruder als Zeuge gegen den andern gefoltert werden darf, und als Grund wird der allgemeine Satz angeführt: Gegen wen jemand wider seinen Willen kein Zeugniß abzulegen nöthig hat, gegen den kann er auch durch die Folter nicht genöthigt werden, auszusagen [6]) d. h. ihn als Thäter oder Mitschuldigen anzugeben [7]).

Um nun wieder zu der Gegenstellung zurückzukehren, so ist von selbst klar, daß, wenn die Rede davon ist, dem Beschuldigten **Zeugen** entgegen zu stellen, alle diejenigen Personen, welche die Gesetze wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft von der Verbindlichkeit losgezählt haben, Zeugniß gegen den Verwandten oder Verschwägerten abzulegen, auch nicht nöthig haben, sich **ihm gegenüber stellen** zu

[5]) L. 21. § 2. de test. pr. D. de quaest. **Westphal**, die Tortur der Griechen, Römer und Deutschen. § 23 und folgende.

[6]) *L.* 1. *§* 10. *D. de quaest.* Nec fratrem quidem in fratris (caput torqueri posse) Imperator noster cum Divo patre suo rescripsit; addita ratione, quod in eum, in quem quis invitus testimonium dicere non cogitur, in eum nec torqueri debet.

[7]) **Westphal** a. a. O. § 110.

lassen und Eltern und Kinder — wir dürfen hinzusetzen Ehegatten — es nicht einmal dürfen. Es ist daher unbegreiflich, wie es Rechtsgelehrte geben kann, welche simpliciter behaupten, daß Eltern mit ihren Kindern, Ehegatten mit einander confrontirt werden können, als Koch [8]), Quistorp [9]). Selbst Böhmer [10]), von welchem Quistorp das Gegentheil anführt, lehrt nur, es könne nicht leicht geschehen, daß Eltern mit Kindern zusammengestellt würden. Und doch ist nichts leichter zu beweisen, als daß es gar nicht geschehen dürfe.

Jene Personen sollen ja kein Zeugniß gegen einander ablegen dürfen, folglich kann gar nicht davon die Rede seyn, sie nach abgelegtem Zeugnisse, was bei ihnen wegfällt, mit dem Beschuldigten zusammen zu stellen. Ihre Aussage bei dieser Zusammenstellung würde ohnehin auch nur ein Zeugniß oder eine Fortsetzung des vorigen seyn. Dagegen scheint zweifelhaft, ob dies auf entgegenzustellende Mitschuldige anwendbar ist. Wenn der eine das Verbrechen bereits gestanden und seinen Vater, Sohn, Ehegatten als Mitschuldigen selbst angegeben hat, sollte der Richter, unter den Bedingungen, welche diese Maßregel überhaupt rechtfertigen, ihn dann nicht nöthigen können, seine Aussage jenem ins Angesicht zu wiederholen? Vielleicht sind beide der That geständig und weichen nur in den Umständen von einander ab. Hier scheint die Gegenstellung noch weniger Bedenken zu leiden. Der Vater, Sohn, Ehegatte tritt hier ja, so scheint es fast, nicht als Zeuge auf, sondern

---

[8]) princ. jur. crim. § 851.

[9]) Grundsätze des peinlichen Rechts. § 715.

[10]) Elem. jur. crim. § 227.

der Richter bedienet sich seiner, um den Beschuldigten zum Geständniß zu bringen und die Wahrheit zu erforschen. Indessen, in der That, läßt sich doch die Aussage bei der Gegenstellung nicht füglich anders, denn als ein Zeugniß betrachten, was der eine Mitschuldige gegen den andern ablegt, oder vielmehr, da er es schon zuvor abgelegt hat, ihm ins Angesicht wiederholt; auch geschieht die Angabe eines Mitschuldigen von Seiten des Inquisiten nicht von freien Stücken, sondern auf Befragen des Richters, und der Inquisit durfte die Frage so wenig unbeantwortet lassen, als, wenn er sie beantwortete, dem Richter die Unwahrheit sagen; auf allen Fall scheint die Gegenstellung von Mitschuldigen, welche durch ein so enges Band verbunden sind, nicht weniger unsittlich zu seyn, als, wenn Zeugen den Beschuldigten gegenüber gestellt werden, und, wenn so etwas, den bestehenden Gesetzen zufolge, nicht verboten wäre, so dünkt mich, die Gesetzgeber würden nichts Eiligeres zu thun haben, als es zu verbieten. Es mag wohl seyn, daß die Klasse der Menschen, mit welcher die Strafrechtspflege es gewöhnlich nur zu thun hat, die Schmach, wovon hier die Rede ist, nicht so tief empfindet, wie andere; sie dürfen deshalb doch nicht herabwürdigend behandelt werden.

Hätten die Römer in ihrem Criminalprozeß die Gegenstellung gekannt, sie würden, zweifelt nicht daran! die Grundsätze vom Zeugenbeweise auch hierauf angewandt haben. Sie würden gesagt haben, es sey *inhonestum, contra bonos mores,* Eltern, Kinder, Ehegatten einander gegenüber zu stellen, und, wider ihren Willen, überhaupt nahe verbundene Personen. Die Tortur sey gegen diesen Gräuel für nichts zu rechnen. Es sey kein so großes Unglück, wenn ein Verbrecher, aus Mangel an Ueberführung, nicht bestraft werden könne,

als wenn ein Geständniß durch ein schändliches Mittel erpreßt werde.

Einem Einwurf muß ich noch begegnen. Ich habe oben selbst bemerkt, die Confrontation sey nicht blos ein Mittel, einen läugnenden Inquisiten zum Geständniß zu bringen, sondern sie könne auch dazu dienen oder beitragen, daß seine Unschuld an den Tag komme. Wenn sie also zum Besten des Inquisiten gereichen kann, warum dann soll sie nicht geschehen dürfen? Allein, diesen Erfolg kann der Richter nicht vorhersehen; zunächst ist doch die Rede davon, daß der Zeuge oder Mitschuldige dem Inquisiten gewisse Missethaten vorwerfen, daß er seine Aussage ihm ins Angesicht wiederholen soll. Und dies ist unsittlich, und gewisse Personen, ich wiederhole es, haben nicht nöthig, sich dazu gegen den Inquisiten herzugeben, andere dürfen es nicht. Anders möchte es seyn, wenn die Confrontation nicht von dem Richter ausginge, sondern der Inquisit sie begehrte, zum Beweise seiner Unschuld.

Es könnte die Frage entstehen, ob, wenn die Gegenstellung zwischen Personen, deren Gegeneinanderstellung, den Gesetzen zufolge, nicht erlaubt ist, dennoch geschehen wäre, und der Beschuldigte wäre durch diese Handlung zum Geständniß bewogen — wie denn freilich eine unerlaubte Handlung de facto eben die Wirkung hervorbringen kann, als die, welche mit dem größten Rechte geschieht — ob ein solches Geständniß gültig, ob es nicht vielmehr de jure als gar nicht vorhanden zu betrachten sey. Von der Folter schreibt Kaiser Carl [11]), daß, wenn sie ohne hinlängliche Anzeigen geschieht und der Beschuldigte, in Folge derselben, die Misse-

---

[11]) C. C. C. art. XX.

that bekennt, diesem Geständniß nicht geglaubt, er auf dies Geständniß nicht verurtheilt werden soll. Die Criminalisten [12]) verdrehen dies Gesetz, indem sie annehmen, einem solchen Geständniß sey nicht unter allen Umständen der Werth abzusprechen, der Inquisit könne nur nicht auf sein bloßes Geständniß verurtheilt werden, sondern, wenn sich in der Folge hinlängliche Anzeigen hervorthäten, gelte das Geständniß so gut, als irgend ein anderes, was durch die Folter hervorgebracht ist. Diese Auslegung widerspricht der allgemein lautenden, klaren Vorschrift des Kaisers, welcher ausdrücklich fordert, daß die hinlänglichen Anzeigen vor jener Maßregel hergehen und vor ihr erwiesen seyn müssen und welcher überdies, bei jener Deutung, welche die Ausleger ihm unterschieben, hier nichts verordnet haben würde, was sich nicht, nach sonstigen Grundsätzen der Carolina, schon von selbst verstanden hätte. Wenn wir also die natürliche Auslegung der Stelle beibehalten, welche auch dadurch bestärkt wird, daß die Criminalisten zu Carls V. Zeiten annahmen, ein durch die Folter erpreßtes Geständniß sey selbst dann unbrauchbar, wenn sich auch hernach dergleichen Anzeigen hervorgethan hätten — eine Entscheidung dieser schon von den Glossatoren aufgeworfenen Frage, welche damals die gemeine Lehre der Criminalisten gewesen zu seyn scheint [13]); — wenn wir dabei annehmen, daß ein Geständniß, was überhaupt durch eine widerrechtlich verfügte Peinigung hervorgebracht worden, ungültig sey: so scheint

---

[12]) *Kress* et *Boehmer* ad h. art. C. C. C. *Leyser*. spec 630, med. 19. Quistorp's Grundsätze des peinlichen Rechts. Thl. 2. § 752. Note f.

[13]) *Damhouder* prax. rer. crim. cap. 54. nr. 28. 29. 30.

es, es lasse sich dies auf ein Geständniß ausdehnen, was gleichfalls nicht freiwillig, sondern durch den erregten Gemüthszustand eines durch Schaam, Verwirrung u. s. w. aus der Fassung gebrachten Menschen ihm, der nicht gutwillig gestehen wollte, entlockt ist, — im Fall nämlich die Gegenstellung widerrechtlich geschahe.

VI.

Von Strafe und Sicherheitsmaßregeln bei bloßem Verdacht *).

Daß bei unvollkommenem Beweise keine Strafe und auch keine außerordentliche, Statt finde, ist zu klar, als daß man noch ein Wort darüber verlieren sollte, und es ist auffallend, daß jemals auch nur daran gezweifelt werden konnte. Die außerordentliche Strafe bei unvollkommenem Beweise gehört zu den Verirrungen der Rechtsgelehrten. Nur zwei Fragen können einigen Zweifel erregen:

1) ob nicht in geringen Fällen auf bloße Indicien gestraft werden könne;
2) ob der Staat, wenn er nicht strafen kann, nicht wenigstens berechtigt sey, gegen den Verdächtigen Sicherheitsmaßregeln zu ergreifen.

---

*) Diese Abhandlung erschien zuerst im neuen Archiv des Criminalrechts, Bd. 7. Abh. 21. S. 581. Sie erscheint hier unverändert.

Die erste Frage pflegt von den Rechtsgelehrten bejaht zu werden [1]). Der Art. 22 der Carolina verbietet auf bloßen Verdacht nur die Zuerkennung peinlicher Strafen; was bürgerliche betrifft, steht der Anwendung des römischen Rechts, welches, selbst in wichtigen Fällen, auf bloßen Verdacht zu strafen erlaubt, kein Hinderniß im Wege. Dies ist etwa der Grund, den die Vertheidiger der gewöhnlichen Meinung für sich anführen; abgesehen von dem Gebrauch, worauf sie sich gleichfalls berufen [2]) und den ich bei dieser Untersuchung ganz bei Seite setze, indem ich ihn, wenn er vorhanden, in seinen Ehren lasse.

Die Voraussetzung, wovon man hier ausgeht, das römische Recht lasse auf bloßen Verdacht Strafe zu, ist nicht richtig. Absentem in criminibus damnari non debere Divus Trajanus Julio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari, Divus Trajanus Assiduo Severo rescripsit: satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare. So heißt es bei Ulpian (L. 5. D. de poenis) und die Regel, die hier gegeben wird, ist zu deutlich, dabei auch zu allgemein, als daß die gewöhnliche Lehre dadurch nicht völlig umgestürzt werden sollte. Man hat zwar eine andere Stelle in Bereitschaft, wodurch jene widerlegt werden soll, nämlich *L.* 25. *C. de probat.* Hier heißt es: Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus vel instructa

---

[1]) Doch fehlt es nicht an Einzelnen, die anders denken, z. B. *Eschenbach.* de inquis. summ § 18. com. jurid. fasc. 1. S. 77. imgleichen Danz summ. Proz. § 236. S. 387.

[2]) *Carpzov.* quaest. crim. 116. n. 51. seqq. *Leyser.* spec. 257. med. 6.

apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita. Um beide Stellen zu vereinigen, lehrt Kleinschrod [3]), die Stelle der Pandekten sey von einem bloßen unerwiesenen Verdacht zu verstehen; allein, was berechtigt uns zu einer solchen Einschränkung? Und steht nicht zum Ueberfluß der Zusatz, es sey besser, einen Schuldigen unbestraft zu lassen, als einen Unschuldigen zu verdammen, der Auslegung Kleinschrod's entgegen? Was aber die Stelle des Codex betrifft, so ist unter den indiciis hier wohl eben nicht gemeint, was wir unter Indicien zu verstehen pflegen, nämlich Thatsachen, aus denen auf ein begangenes Verbrechen oder den Thäter mit Wahrscheinlichkeit zu schließen ist. Wenigstens können bloße Verdachtsgründe, wie dringend sie auch seyn mögen, nie indicia *indubitata et luce clariora* genannt werden, sie lassen vielmehr immer dem Zweifel Raum. Unter den indiciis indubitatis et luce clarioribus sind gemeint solche Umstände, aus denen auf die That oder den Thäter mit völliger Sicherheit, mit Nothwendigkeit geschlossen werden kann. Dergleichen Indicien giebt es [4]) z. B. wenn aus bewiesener Schwangerschaft auf vorhergegangenen Beischlaf geschlossen wird [5]). Anzeigen dieser Art werden, wie Leyser [6]) bemerkt, den Vermu-

---

[3]) Ueber die Wirkungen des unvollkommenen Beweises in peinlichen Fällen § 9. (Abhandlungen aus dem peinlichen Recht u. s. w. 1 Thl. S. 17).

[4]) Eisenhardt nennt sie absolut nahe Anzeigen (Preisschrift § 8 und 9.) und versteht die Stelle des Codex von solchen. Preisschrift § 10. (Archiv des Criminalrechts Bd. 3. S. 94.)

[5]) *Leyser.* spec 257. med. 1. Ein anderes bei Eisenhardt (a. a. O. § 6.)

[6]) Spec. 257 med. 1 et 6.)

thungen entgegengesetzt. Indicia indubitata, lehrt er, conjecturis opponuntur.

Indessen ist doch derselbe Leyser [7]) der Meinung, daß nach römischem Recht Verurtheilung auf Indicien Statt finde und es mit dem Ausdruck *indicia indubitata* in der angeführten Stelle des Codex nicht so genau zu nehmen sey, weil, wie er hinzusetzt, in vita communi saepe indubitatum vocamus, quod saltem verosimile est. Ich denke aber, daß es einem Gesetzgeber gebührt, sich genauer auszudrücken, als man im gemeinen Leben oder im Gespräch zu thun pflegt und daß der Ausleger berechtigt sey, sorgsam gewählten Ausdruck in einem Gesetz zu suchen, zumal in diesem. Jener beruft sich auch auf folgende Stelle. *L.* 6. *de accusat.:* Levia crimina audire et discutere de plano proconsulem oportet: et vel liberare eos, quibus objiciuntur, vel fustibus castigare, vel flagellis servos verberare. Allein, ein jeder sieht, daß hier bloß von der Art der gerichtlichen Untersuchung und von der Strafe, nicht aber von der Stärke des Beweises die Rede sey. Eher könnte die *L.* 16. *C. de poenis* zum Beweise dienen, woselbst es heißt: qui sententiam laturus est, temperamentum hoc teneat, ut non prius capitalem in quempiam promat severamque sententiam, quam in adulterii vel homicidii vel maleficii crimine aut sua confessione, aut certe omnium, qui tormentis vel interrogationibus fuerint dediti, in unum conspirante concordanteque rei finem, convictus sit: et sic in objecto flagitio deprehensus, ut vix etiam ea, quae commiserit, negare sufficiat. Hiernach scheint es, nur in Capitalfällen sey strenger Beweis, Geständniß

[7]) l. c. med 6.

oder Ueberführung durch Zeugen erforderlich, und daraus möchte man versucht seyn, zu schließen, daß in geringeren Straffällen ein weniger strenger Beweis hinlänglich sey. Allein, dieser Schluß würde schon an sich etwas gewagt seyn. Man könnte darauf erwiedern: unius positio, non est alterius exclusio. Ueberdies, wenn man die Stelle genauer untersucht, hat sie es nicht blos mit Capitalfällen zu thun, sondern kann recht wohl so verstanden werden, daß sie von allen Straffällen überhaupt spricht. Denn sie handelt nicht blos von einer sententia capitalis, sondern von jedem Strafurtheil — so verstehe ich den Ausdruck sententia severa — und hat es nicht bloß mit adulterium und homicidium, sondern mit maleficiis überhaupt zu thun. Sie bestärkt daher die gewöhnliche Meinung, wofür sie auch angeführt zu werden pflegt [8]).

Ueberhaupt können Indicien im Criminalprozeß immer nur dazu dienen, gewisse Maßregeln im gerichtlichen Verfahren z. B. Verhaftung, Folter u. s. w. zu rechtfertigen und, in Ansehung der Sache selbst, einen durch andere Mittel zu führenden Beweis zu verstärken, sie können aber keinen voll-

---

[8]) Noch giebt es eine Stelle, die aber unbedeutend ist und weder etwas dafür, noch dagegen beweist. *L. 34. C. Ad legem Juliam de adulteriis.* Si qui adulterii fuerint accusati et obtentu proximitatis intentata depulerint, per commemorationem necessitudinis crimini fidem derogando, dum existimatur, non deberi credi, quod allegatur. vel non potuisse committi: hi, si postmodum in nuptias consortiumque convenerint, facinus illud in quo fuerint accusati, manifesta fide atque indiciis evidentibus publicabunt. Unde si qui ejusmodi reperti fuerint, jussimus in eosdem severissime vindicari et, velut convictum facinus, confessumque puniri.

vollständigen Beweis abgeben. Ein bloßer Verdacht, wie stark er auch seyn mag, ist kein Beweis, und selbst in Civilsachen reichen Vermuthungen nicht hin, um darauf eine Verurtheilung zu bauen, sondern man verlangt einen vollständigen Beweis. Zugeben will ich indessen, daß in Civilsachen natürliche Beweismittel eher zu haben sind, weil man keinen Grund hat, die Thatsachen, worauf es dabei ankommt, zu verbergen und daß die Vermuthungen in Civilsachen gewöhnlich nicht so häufig und nicht von solcher Stärke sind, als die Verdachtsgründe in Criminalsachen. Soviel von der ersten Frage; nun zur Beantwortung der zweiten.

Auch sie muß verneint werden. Wenn der Richter nicht die Macht hat, zu strafen, weil es am Beweise fehlt, so kann man ihm auch nicht die Macht einräumen, dem Verbrecher, unter dem Namen eines Sicherheitsmittels, ein Uebel zuzufügen. Zwar haben die Criminalisten häufig behauptet, dem Richter stehe das Recht zu, gegen Personen, welche begangener schwerer Missethaten verdächtig sind, so daß der Staat durch ihre Freilassung in Gefahr gerathen möchte, auf Sicherheitsmaßregeln zu erkennen und sie zu dem Ende auf einen gewissen Ort zu beschränken, auch wohl für immer einzusperren. Selbst Kleinschrod [9]) statuirt bei unvollkommenem Beweise Sicherheitsmaßregeln, und Feuerbach stimmt ihm bei [10]). Daß der Staat berechtigt sey, gegen Verdächtige Maßregeln der Sicherheit zu ergreifen, wird

[9]) In der Abhandlung über die Wirkungen eines unvollkommenen Beweises in peinlichen Fällen § 12. (Abh. aus dem peinlichen Recht, 1 Thl. 1 Abhandl. S. 22. folg.)

[10]) S. Feuerbach Abhandlung: Ist Sicherung Zweck der Strafe? (Bibl. für die peinl. Rechtswissenschaft, 1. Thl. 2. St. S. 25 folg.)

Niemand bezweifeln, wohl aber kann daran gezweifelt werden, ob überhaupt wohl ein bloßer Verdacht die Anwendung gewisser Uebel gegen den Verdächtigen rechtfertigen könne. Es kann freilich in vielen Fällen rathsam, sehr rathsam und sehr nützlich seyn, einen verdächtigen Menschen seiner Freiheit zu berauben, aber hier ist nur die Frage, ob es gerecht, ob es erlaubt sey. Zwar, Rechtsverletzungen sind Uebel, und wenn sie zu besorgen sind, so muß man Mittel anwenden, sie zu verhüten. Aber ist deshalb jedes Mittel erlaubt, was zu diesem Zwecke führt? Darf ich dem Andern, außer dem Fall wirklicher Nothwehr, deren Grundsätze hier nur gezwungen angewandt werden können, schaden, damit er mir nicht schade? Kann die bloße Besorgniß mir ein Recht geben? Verwechselt man nicht, ohne es zu bemerken, den Vortheil oder das Bedürfniß des Staats mit dem, was über alles gehen soll, mit der Gerechtigkeit? Lassen sich nichts desto weniger Uebel, angewandt zum Schutz gegen noch nicht angefangene, sondern nur vielleicht künftige Verletzungen rechtfertigen, so kann dies wenigstens immer nur durch Verschuldung geschehen und zwar durch bewiesene.

Hat also Jemand ausgemacht gewisse Verbrechen begangen, so mag es vielleicht erlaubt seyn, daß, außer der Strafe, Sicherheitsmaßregeln gegen ihn ergriffen und ihm in dieser Absicht gewisse Uebel zugefügt werden. Dies setzt voraus, daß eine Besorgniß künftiger Rechtsverletzungen von seiner Seite vorhanden ist, welche durch die vollzogene Strafe nicht entfernt wird, und diese Besorgniß muß wenigstens sehr dringend und sehr nahe seyn, wenn die Anwendung eines wirklichen Uebels, als die Beraubung der Freiheit ist, dadurch gerechtfertigt werden soll; aus dem bloßen Umstande,

daß Jemand gewisse Verbrechen begangen hat, entspringt sie noch nicht, sondern Jemand muß wegen seiner, in den unerlaubten Handlungen sich offenbarenden, Gesinnungen, Neigungen, Art zu handeln u. s. w. als ein dem Staate gefährlicher Mensch erscheinen. Ob eine einzelne Handlung jene Besorgniß erwecken könne, oder ob mehrere dazu gehören, oder auch mehrere noch nicht hinlänglich sind, ist quaestio facti und die Beantwortung dieser Frage muß, nach Verschiedenheit der einzelnen Fälle, verschieden ausfallen. Es ließe sich auch denken, daß gegen Jemanden, welcher der Missethat selbst nicht überführt wäre, derentwegen er in Untersuchung gerathen, doch solche widerrechtliche Handlungen durch die Untersuchung ausgemittelt worden, die ihn als gefährlich und seine Freilassung als bedenklich darstellen.

Hingegen ist es klar, daß ein bloßer Verdacht begangener Missethaten den Staat nicht berechtigen könne, den Verdächtigen, der nur vielleicht schuldig, vielleicht aber auch unschuldig ist, mit Uebeln zu belegen, die darauf berechnet sind, andere Bürger des Staats gegen mögliche Verletzungen von Seiten desselben sicher zu stellen. Der Staat hat kein Recht, einem Menschen ein Uebel zuzufügen, weil er, die Gesetze übertreten zu haben — in Verdacht gerathen ist. Wer durch unerlaubte Handlungen Verdacht auf sich geladen hat, büßt nur die Folgen seiner Verschuldung, wenn Sicherheitsmaßregeln gegen ihn ergriffen werden. Hingegen erlaubt die Gerechtigkeit nicht, Jemanden mit Uebeln zu belegen, welcher bloß schuldig zu sein scheint. Es ist ein großer Unterschied, ob Jemand wegen begangener Verbrechen den Verdacht künftiger neuen auf sich geladen hat, oder, ob er zunächst bloß der begangenen Verbrechen wegen verdächtig ist. Beides läßt sich unmöglich auf Einen Fuß

behandeln. Es ist Verdacht vorhanden, daß Jemand gewisse Verbrechen begangen und dieser Verdacht soll wieder einen andern erzeugen, nämlich, daß er dergleichen Handlungen wiederholen werde. Man findet es wahrscheinlich, daß Jemand z. B. gestohlen habe, und folglich, schließt man weiter, ist es wahrscheinlich, daß er noch einmal stehlen wird. Es scheint fast, als müßten vor allen Dingen die Vordersätze erst ausgemacht seyn, ehe man Schlüsse daraus ableiten kann. Wenigstens ist ein solcher Verdacht, der nur auf einen andern Verdacht gebaut ist, viel zu entfernt, und eben daher viel zu schwach, als daß er hier in Betrachtung kommen könnte. Wir finden zwar in Civilsachen, daß, wegen besorglicher Gefahr, Sicherheitsmaßregeln angewandt werden, und auch im Kriminalprozeß legt man Jemanden ins Gefängniß, bloß weil er der Missethat und daher auch der Flucht verdächtig ist; allein dergleichen Maßregeln werden auf eine vorübergehende Art, bis zur ausgemachten Sache, ergriffen; sie sind nothwendige, vom Bürger dem Staat dargebrachte, Opfer, zu verhüten, daß die Rechtspflege nicht vereitelt werde und begangene Verbrechen nicht ungestraft bleiben; ich glaube aber nicht, daß sie sich auf diesen Fall ausdehnen lassen, daß man denjenigen, welchen man, aus Mangel des Beweises, nicht strafen kann, mit Uebeln zu belegen berechtigt sey, die auf die Sicherheit des Staats gegen mögliche Gefahren berechnet, zwar nicht Strafe heißen, aber in der Wirkung mit ihr übereinkommen. Vielmehr wird es in diesem Fall des Zweifels über Schuld und Unschuld besser seyn, dem Ausspruch des Trajan zu folgen, die Unschuld nicht in Gefahr zu setzen, und den Staat auf andere Art für die Abwendung der Gefahr sorgen zu lassen. Kann der Angeschuldigte nicht verurtheilt und auch nicht

freigesprochen werden, so bringt die Regel des Rechts es mit sich, daß absolutio ab instantia erfolge. In Folge deren hat man kein Recht, ihm seine Freiheit zu entziehen.

Indessen hat man sich zur Unterstützung jener Lehre auf eine Stelle der Carolina — auf Art. 176. — berufen, wovon nun ausführlich die Rede seyn soll. Es ist in dieser Stelle von einer Cautio de non offendendo die Rede, und es ist zweifelhaft und schon die Alten scheinen es zweifelhaft gefunden zu haben, ob von einer solchen, die der Richter ex officio auflegen, oder bloß von einer, die ein Bedrohter zu seiner Sicherheit begehren könne [11]. Nach den Ideen, die in Carls V. Tagen herrschten, möchte das Letztere das Richtige seyn; indessen wollen wir uns hierbei nicht aufhalten und mit Kreß [12]) annehmen, daß wenigstens jetzt der Richter auch von Amtswegen darauf erkennen könne. Wie nun die Stelle von einer zu leistenden Cautio de non offendendo handelt, so kann es in Folge derselben dahin kommen, daß gegen den Verdächtigen, zur Sicherstellung gegen besorgliche Verletzungen von seiner Seite, das Mittel der Verhaftung angewandt wird. Zunächst spricht die Stelle von demjenigen, der die Urphede gebrochen; ferner von demjenigen, welcher, wegen begangener Missethaten, zur Rechenschaft gezogen, aufs neue dergleichen zu begehen gedroht hat; in Fällen dieser Art wird er für verbunden erklärt, Sicherheit gegen sich selbst zu leisten; und kann er sie jetzt nicht leisten, soll man ihn, bis es geschehen, gefangen halten.

---

[11]) S. Constitutio Carolina, in ordinem redacta, cumque jure communi collata, per *Nicolaum Vigelium* cap. XI. reg. 7.

[12]) Ad hunc art. § 2. nota 3.

Die Stelle würde gar nicht hieher gehören, sondern die Vorschrift, die sie enthält, auf die angeführten beiden Fälle zu beschränken seyn, wenn nicht der Kaiser in den Worten: und aus jetzt gemeldeten oder andern genugsamen Ursachen einer Person nicht zu glauben oder zu vertrauen wäre, daß sie die Leut gewaltsamer thätiger Beschädigung und Uebels vertrüge u. s. w. eine Ausdehnung selbst gut geheißen hätte.

Also, es findet auch in andern Fällen jene Verbindlichkeit zur Sicherstellung Statt; aber wohl gemerkt: es müssen genugsame Ursachen dazu vorhanden seyn; und ein bloßer Verdacht begangener Missethaten ist gewiß für keine genugsame Ursache zu halten. Wenn von demjenigen die Rede ist, welcher wegen begangener Missethaten, von denen man weiß, daß er sie begangen, als ein gefährlicher Mensch erscheint, so mag man sich auf diesen Artikel berufen, um die Anwendung von Sicherheitsmaßregeln gegen ihn zu rechtfertigen. Aber, wer bloß in Verdacht gerathen ist, Missethaten verübt zu haben, woran er vielleicht ganz unschuldig ist, von dem kann man nicht sagen, daß er ein gefährlicher Mensch sey. Die nachtheilige Meinung, die man von ihm hegt, kann ihm keine Verbindlichkeit auflegen, den Staat gegen mögliche Gesetzübertretungen sicher zu stellen. Er hat nicht, gleich jenem, durch seine Schuld ein Mißtrauen erregt, was er mit dem Verlust seiner Freiheit zu beruhigen verpflichtet wäre. Vielmehr könnte es hier gar leicht geschehen, daß die Unschuld, nachdem sie der einen Gefahr glücklich entgangen wäre, der andern in die Hände fiele.

Das wollte die Carolina gerade verhüten. Sie weist den Richter an, sehr behutsam zu Werke zu gehen und

solche Strafe, wie ihre eigenen Worte lauten, nicht leichtfertiglich oder ohne merkliche Verdächtigkeit künftigen Uebels u. s. w. anzuwenden; sie erfordert also einen dringenden Verdacht und setzt dabei offenbar voraus, daß die Fakta, aus denen jener Verdacht abzuleiten, hinlänglich ausgemittelt sind. Es ist von bewiesener, dringenden Verdacht rechtfertigender, Verschuldung die Rede. Schon die Ueberschrift giebt dies zu erkennen: von Straf oder Versorgung der Personen, von denen man aus erzeigten Ursachen Uebel und Missethat warten muß. Und im Text steht ganz deutlich, nachdem die Gründe der Verbindlichkeit zur Cautionsleistung aufgeführt sind:

und sich solches zu Recht genug erfünde,

das heißt doch wohl nichts anders, als, nachdem die Thatsachen — die hier keine andere, als widerrechtliche, seyn können — gehörig untersucht und wahr befunden sind. Bestätigt wird dies durch die in Art. 195 aufgestellte Form des in solchen Fällen zu sprechenden Urtheils: Auf wahrhaftige Erfahrung und Erfindung genugsamer Anzeigung zu bösen Glauben künftiger übelthätiger Beschädigung halben, ist zu Recht erkannt, daß B. so gegenwärtig vor Gericht stehet, im Gefängniß enthalten werden soll, bis er genugsame und gebührliche Caution und Bestand thut, damit Land und Leute vor ihm gesichert werden. Die Thatsachen müssen also wahr erfunden und sie müssen hinlänglich seyn, um die Besorgnisse vor Uebelthaten zu erwecken. Remus paraphrasirt diese Stelle also: Cum legitime habita inquisitio et indicia super vi inferenda *adprobata* sint, quae debent; Ne a Cajo vis ulli fiat, damnumve inferatur, sententia judicum decernitur et declaratur: Cajum qui

praesens est, in carcere detineri tam diu debere, quousque, defervescentibus animis, idonee et praediis caverit, neminem hominum a se offensum, neque res, pecunias, bona, praedia ullius turbatum iri. Es ist daher, nach meinem Ermessen, vollkommen richtig, wenn der Recensent des Gutachtens der Königl. Preußischen Immediatjustizcommission zu Cöln über die Geschwornengerichte, in den Heidelberger Jahrbüchern 1818. Stück 8. S. 798, in Beziehung auf den Art. 178. der Carolina die Bemerkung macht, er sey nur zu verstehen von einer etwa nöthigen Sicherung bei bereits rechtsgültig erwiesenen, unrechtlichen Handlungen, Verbrechen, Brechen der Urphede, bloßen Vorbereitungen zu Verbrechen u. s. w. Ueberdies handelt ja auch, wie ich nicht anders finde, der Artikel zunächst nur von einer durch andere Mittel zu leistenden Cautio de non offendendo und erst in subsidium findet Sicherstellung durch Gefangenschaft Statt, wiewohl ich gerne einräumen will, daß eine andere Art von Sicherstellung gewöhnlich nicht geeignet seyn wird, die Besorgniß, wovon hier die Rede ist, zu heben, was doch auf die gesetzliche Vorschrift selbst von keinem Einfluß seyn kann.

Nach der Behauptung des Kreß [13]) — dies will ich hier beiläufig hinzufügen — kann jene Cautio auch eine juratoria seyn und eine solche nach Umständen genügen; allein eine Cautio juratoria würde ja immer zu haben seyn; es könnte also der Fall nicht füglich vorkommen, daß Jemand zur Sicherheit ins Gefängniß wandern mußte; und folglich kann wohl die Meinung der Carolina nicht gewesen seyn, daß auch ein eidliches Versprechen zur Sicherstellung genügen solle. Vielmehr heißt es im Artikel: und dann dieselbige Person deshalben keine nothdürftige

Caution, Gewißheit oder Sicherheit machen könnte; wodurch, wie es mir scheint, auf eine Sicherstellung durch Bürgen hingedeutet wird. Es würde auch ein eidliches Versprechen bei solchen ruchlosen Personen, als womit der Artikel es zu thun hat, welche ihr eidliches Versprechen gebrochen und dadurch Mißtrauen gegen sich erregt haben, sehr übel angebracht seyn. Zur Bestätigung kann abermals die Paraphrasis des Remus dienen: Hoc si in judicio a parte probetur, judicibusque adprobetur, *nec tantae facultates accusato sint, quibus*, de damno infecto, quod jure timetur, cavere possit etc.

[13]) Ad art. 176. §. 2. nota 1.



X.

Beiträge zum Wasserrecht.

(Mit einem nicht zu übersehenden Zusatze.)



I.

Ueber die Benutzung der Bäche zum Nachtheil niedriger liegender Grundstücke.

Zwischen den fließenden Gewässern begründet ihre Größe auch in der Sphäre des Rechts einen sehr erheblichen Unterschied. Die größern oder simpliciter sogenannten Flüsse gehören zu den rebus publicis und zwar ohne Unterschied, ob sie schiffbar sind oder nicht; die Bäche hingegen befinden sich im Privateigenthum und bilden ein Accessorium der Grundstücke, die sie bewässern [1]). Bei solchen kleinen

[1]). Ein Bach auf der Gränze zweier Grundstücke ist gemeinschaftlich; ebenso ein Gränzgraben. L. 6. D. fin. reg L. 2 §. 2. D. de aqua et aquae pluv. arc. act. Indessen wäre es doch wohl eine hiervon noch zu unterscheidende quaestio facti, ob das Gebiet, was dem Bach zum Bette dient und ihn also einschließt, dem diesseitigen Grundstück angehöre, oder dem jenseitigen — oder ob es zu beiden gehöre, also der Bach wirklich in confinio sei oder nicht. Die erste Stelle sagt auch nur, daß ein zwischen zweien Grundstücken liegender *rivus privatus* nicht, wie via und flumen, die actio finium regundorum ausschließt; was auch natürlich ist, weil dann kein drittes Grundstück oder trennendes Objekt dazwischen liegt, sondern beide wirklich an einander stoßen, durch den rivus privatus nicht sowohl geschieden, als begränzt. Indessen werden doch, so Bach, wie Graben, in dubio für gemeinschaftlich zu halten sein; in Hinsicht auf den Graben spricht dafür die angeführte L. 2.

fließenden Gewässern fehlt es nicht an demjenigen, wodurch eine Sache des Eigenthums fähig wird, nämlich an der Möglichkeit, andre davon auszuschließen; sie können daher im Eigenthum der Einzelnen sein, gleichwie die größern fließenden Gewässer im Eigenthum des ganzen Staats sind, dessen Gebiet sie durchströmen.

Da nun zwischen Flüssen und Bächen ein so erheblicher Unterschied ist, so ist uns nicht wenig daran gelegen, zu wissen, was ein Bach eigentlich sei und **wodurch** er sich von einem Fluß unterscheide.

Ein Bach ist bekanntlich ein kleiner Fluß, oder, wie der römische Jurist [2]) lehrt, ein Bach unterscheidet sich von einem Fluß durch die Größe. Dieses aber scheint nicht auszureichen; sehr natürlich wird man fragen, wie groß muß dann ein fließendes Gewässer sein, damit es für einen Bach — flumen privatum — oder damit es für einen Fluß — flumen publicum — gelten könne? Weder kann es bei der Frage, ob ein fließendes Wasser Bach oder Fluß sei, darauf ankommen, ob das Wasser auf öffentlichen oder auf Privatgrundstücken entspringt oder durch Grundstücke der einen oder andern Art hinfließt, noch, ob es sich unmittelbar ins Meer oder in ein anderes fließendes Gewässer ergießt; denn große Flüsse giebt es, die mit ihrem Wasser den Reichthum andrer vermehren, und Bäche hingegen, die ihren kleinen Beitrag unmittelbar an das Meer abliefern [3]).

---

§ 2. D. de aqua et aquae pluv. arc. act S. übrigens *Bapt. Aymus* de alluvionum jure lib. 1. cap. 15. nr. 19.

[2]). L. 1. §. 1 D. de fluminibus.

[3]). Wenn aber die Frage entsteht, ob das fließende Gewässer, was wirklich ein Bach ist, nicht auch möglicher Weise res publica sein könne, so würde ein Bach, der auf einem öffentlichen

Das Natürlichste scheint zu sein, es in dieser Hinsicht auf die Meinung des Volks ankommen zu lassen, wie dies auch zuerst von Ulpian geschieht; denn er lehrt:

Flumen a rivo magnitudine discernendum est, *aut existimatione circumcolentium* [4]).

Grundstücke seinen Ursprung nimmt oder ein solches durchfließt, das Schicksal seiner Hauptsache theilen und mithin, soweit er es in seinem Lauf berührt, res publica sein. Auch sind Bäche, die aus einem öffentlichen Fluß kommen, indem er überwachsend in benachbarte Niederungen sich ergießt, wenn man solche Wasserzüge Bäche nennen kann, als Ausflüsse und Theile desselben, res publicae. Bei öffentlichen Flüssen zieht das Eigenthum des Bodens das Eigenthum des Gewässers nicht nach sich, sondern umgekehrt muß der Boden dem Fluß weichen. *L.* 1. *§* 7. *De flum.* — impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus. *Aymus* c. l. lib. 1. cap 12 nr. 8. Und obwohl bei bloßen Ueberschwemmungen das vom Fluß überschwemmte Land nicht res publica wird (L. 2. § 9. D. de flum.), wird das Eigenthum des Landes durch die Ueberschwemmung doch suspendirt. Bei Privatgewässern hängt das Eigenthum an denselben vom Eigenthum des Bodens ab, über welchem sie sich, davon eingeschlossen, befinden. *Aymus* c. l. lib. 1. cap. 12. nr. 8 lehrt: Aqua privati juris solo cedit, und beruft sich auf L. 69. D. de contrah. emt. Rutilia Polla emit lacum Sabatenem angularium, *et circa eum lacum pedes decem:* Quaero, numquid et decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus crevit, an proximi pedes decem ab aqua Rutiliae Pollae juris sunt? Proculus respondit: Ego existimo, eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse, quatenus tunc fuit; et circa eum decem pedes, qui tunc fuerunt: nec ob eam rem, quod lacus postea crevit, latius eum possidere debet, quam emit. Die Stelle beruht auf dem Grundsatz: ad non cogitata non trahendus est consensus. Westphal vom Kauf §. 31). und beweist jenen Satz nicht, der dieses Beweises auch nicht bedarf.

[4]). L. 1. § 1. D. de flum.

Auf diese Meinung würde dann wohl aus dem Namen zu schließen sein und ein Bach wäre also, was in der Gegend, wovon die Rede ist, ein Bach genannt wird.

Aber gleich darauf unterscheidet Ulpian flumina perennia, d. h. solche, die beständig, und flumina torrentia, d. h. solche, die zur Winterszeit fließen [5]). Er fährt darauf fort: Ein Fluß — flumen publicum — sei nach Cassius, dem Celsus beigestimmt, ein fließendes Gewässer, welches beständig fließe, und diese Meinung billigt Ulpian [6]).

Da hätten wir nun drei verschiedene Kennzeichen, Bäche von Flüssen zu unterscheiden — die Größe — die Meinung der Anwohnenden — die Beständigkeit des Laufs. — In welchem Verhältniß stehen sie zu einander? Kömmt es in Collisionsfällen mehr auf die Größe oder auf die Meinung des Volks oder mehr auf den ununterbrochenen Lauf an? Ist etwa die Lehre des Cassius nur als eine allgemeine geologische Bemerkung anzusehen, die nur dann ihren Nutzen gewährt, wenn die andern Entscheidungsquellen uns verlassen, und kömmt in der Sphäre des Rechts und in einzelnen Fällen zunächst und hauptsächlich die Größe und vor allen Dingen die Meinung der Anwohnenden in Betrachtung? Oder müssen alle jene Merkmale zusammen treffen, wenn die Frage entschieden werden soll, ob ein fließendes Gewässer ein Bach oder ein Fluß sei?

Alles

---

[5]) L. 1. §. 2. eod.

[6]) *L. 1. §. 3. eod.* Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.

Alles wohl erwogen, scheint es, als wenn der zuerst von Ulpian aufgestellte Satz ihm selbst zu unsicher und schwankend erschien, und, indem er die Meinung des Cassius billigt, setzt er den vorher von ihm angegebnen Merkmalen, die auch nicht ohne Werth sind, ein zuverlässiges, den Ausschlag gebendes Kennzeichen an die Seite.

Ein Fluß ist also ein beständig fließendes Gewässer (was dann *perpetuam causam fluendi* voraussetzt [7])), wobei es jedoch nicht in Betrachtung kömmt, wenn er aus besondern Ursachen einmal versiegt; deshalb hört er nicht auf, ein Fluß zu sein [8]). Hingegen ist ein Bach ein kleines, oftmals unbeständiges, Gewässer, was im Sommer der Gefahr des Austrocknens nicht selten unterliegt. Dieses stimmt auch mit den Ideen der Geologen und mit der Erfahrung überein. Nothwendig scheint es nicht zum Wesen des Bachs zu gehören, daß er grade jeden Sommer versiegen und nur zur Winterszeit fließen müsse, wie man, nach dem Zusammenhange der oben angeführten Stellen, auf den ersten Anblick, zu glauben geneigt seyn mögte. Wenn Cassius lehrt, ein Fluß ist Wasser, was beständig fließt, setzt er doch nicht grade hinzu, ein Bach ist Wasser, was nur im Winter fließt. Wie Flüsse deshalb nicht aufhören, Flüsse zu seyn, wenn sie im Sommer einmal versiegen, so kann man auch wohl umgekehrt von Bächen annehmen, daß sie Bäche bleiben, wenn sie in diesem oder jenem Sommer nicht austrocknen. Es kömmt hier nur darauf an, was gewöhnlich oder häufig geschieht. Wie viele Bäche müßten aus der Zahl der Bäche vertilgt und den Flüssen beigezählt werden,

[7]) *Bapt. Aymus* de alluvionum jure lib. 1. cap. 15. nr 15.

[8]) L. 1. §. 2. D. de flum.

wenn ein auf die Winterszeit beschränktes Fließen nothwendig zum Bach gehörte [9]).

Was nun die Bäche selbst betrifft, so finde ich, daß über das Recht sie zu benutzen, unsere Rechtsgelehrten abweichende Meinungen hegen und es ist wohl der Mühe werth, zu untersuchen, welche Ansicht die richtige sei.

Ich halte dafür, dem Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks stehe das Recht zu, das Wasser im Bach, der über sein Grundstück fließt, nach Gefallen zu benutzen, es im Lauf aufzuhalten, die Richtung desselben zu verändern, ja es dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks ganz zu entziehn, ohne daß er daran durch ein dem Letztern auf dies Gewässer vermeintlich zustehendes Recht gehindert würde. (Höher liegend wird das Grundstück natürlich genannt, weil die Erde dorthin, wohin ein Gewässer fließt, nothwendig sich neigen muß.) Es ist daher, nach meinem Ermessen, vollkommen wahr, was Mevius [10]) lehrt: wenn an einem öffentlichen Fluß zwei Mühlen liegen, so ist dem Besitzer der höher liegenden nicht verstattet, irgend etwas vorzunehmen, wodurch die Benutzung des Wassers für den Besitzer der andern Mühle verringert wird; anders ist es bei Bächen, als Privatgewässern; diese darf der Besitzer der oberhalb liegenden Mühle, wie es ihm gefällt, benutzen, obgleich dadurch dem unterhalb wohnenden Mühlenbesitzer Vortheile entzogen werden, die er schon von jeher genossen. Licet superiori domino, fährt er fort,

---

9) Von einem Bach ist ein Graben leicht zu unterscheiden, als welcher der Kunst sein Dasein verdankt. Fossa est receptaculum aquae, manu facta. L. 1. §. 5. D. ut in flum. publ.

10) P. 4. dec. 39.

aquam retinere et in suos usus insumere vel etiam alias in fundum suum avertere, etsi inde damnum sentiat inferius molendinum, cujus domino nihil juris est in illam aquam, quam superior praeoccupavit. Ex quo propria ejus fit et arbitrii sui, quomodo aqua tanquam sua uti velit.

Eine besondere Entscheidung der gegenwärtigen Frage findet sich in den römischen Gesetzen nicht; daß aber die obige Beantwortung derselben diesen Gesetzen gemäß sey, ist leicht zu zeigen.

Zuerst liegt dies schon in einer, auch von Mevius angeführten Stelle, wornach der Eigenthümer das Wasser, was auf dem Grundstück des Nachbarn hervorquillt, auf dem Seinigen aber den Ursprung hat, durch Eröffnung der Wasseradern ihm entziehen darf [11].

Dagegen wird eingewandt, die Stelle sey nur von Abgrabung oder Abschneidung unterirdischer Wassergänge und Adern zu verstehen, nicht aber von fließenden Gewässern. Von jenen spricht sie freilich zunächst nur; aber, ob das Wasser sich unter oder, ob es sich über der Erde bewegt, was kann das für einen Unterschied machen? Eben so wenig kann dies in Betrachtung kommen, als die schnellere oder langsamere Bewegung desselben.

Auch giebt es eine Stelle im Codex, welche vom Wasser überhaupt spricht, welches der Eigenthümer auf seinem Grundstück stauen und dadurch verhindern dürfe, daß das Grundstück des Nachbarn dadurch bewässert werde, es sey denn, daß ihm oder seinem Grundstück eine entgegenstehende

[11]) L. 21. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

Servitus constituirt ist [12]). — Andere Stellen, die weder dafür, noch dagegen beweisen, übergehe ich.

Will man es aber dennoch zweifelhaft finden, ob diese Grundsätze wirklich auch von Bächen gelten, obwohl die letzte Stelle eben nur von Bächen verstanden werden kann, so wird es an andern Gründen nicht fehlen, welche diese Zweifel vollends zerstreuen.

Also zweitens. Das Wasser im Bach gehört dem Besitzer des Grundstückes, auf welchem es sich gerade befindet, und er hat nicht nöthig, es auf das Grundstück des Nachbaren abfließen zu lassen, sondern kann es, wenn ich so sagen darf, auf dem seinigen festhalten. Die Luft ist ein großes Meer und die Winde sind Strömungen in der Luft, und eben so wenig als ein Nachbar von dem andern fordern kann, daß er durch Anstalten auf seinem Gebiet den Luftzug nicht hemme [13]), kann er begehren, daß er den Lauf des Wassers nicht unterbreche. Ihm steht das Eigenthum des auf seinem Grundstück befindlichen Wassers zu, — wenigstens ist es ebenso gut, als stände es ihm zu — und erst dann, wenn es auf dem Grundstück des Nachbaren angekommen ist, hat dieser ein Recht darauf [14]). Von einem

---

[12]) *L.* 10 *C. de serv. et aqua.* Si tibi servitutem aquae ducendae deberi Praeses animadverterit, nec hac te non utentem spatio temporis amisisse perspexerit, uti te iterum jure proprio providebit. Nam si hoc minime probetur, loco proprio facto opere, dominus fundi *continere aquam* et facere, quominus ager tuus irrigari possit, non prohibetur.

[13]) Meine Lehre vom Eigenthum § 3. S. 16.

[14]) Dasselbe würde dann auch im Verhältniß des einen Staats zu dem andern anzunehmen seyn bei größern Flüssen, welche die Gebiete dieser Staaten durchströmen.

gemeinschaftlichen Eigenthum an dem Bach kann so wenig die Rede seyn, als von einem gemeinschaftlichen Benutzungsrecht [15]).

Man hat vielleicht nicht einmal nöthig, das Eigenthum des Besitzers des höher liegenden Grundstückes an dem Wasser und das daher entspringende Benutzungsrecht, zum Nachtheil des Besitzers des tiefer liegenden Grundstückes, aus dem Recht der Occupation und Präoccupation abzuleiten. Hier handelt es sich vom Bach, als einem Ganzen, nicht aber vom vorbeifließenden Wasser und nicht von einzelnen Theilen desselben, die durch Occupation in das Eigenthum des Schöpfenden übergehen können [16]). Der Bach im Ganzen befindet sich, so weit er sein Grundstück berührt, schon im Eigenthum des Besitzers des Grundstückes, und sein Recht, darüber nach Gefallen zu disponiren, kann nicht besser gerechtfertigt werden, als durch den Ausspruch des Ulpian:

> *Nihil differt a caeteris locis privatis flumen privatum* [17]).

Drittens. Der Prätor giebt verschiedene Interdicte, wodurch Anmaaßungen in Ansehung der Flüsse, Behinderungen des gemeinsamen Gebrauchs, der sämmtlichen Staats-

---

[15]) Dennoch legt ein solches Recht denjenigen bei, deren Grundstücke der Bach in seinem Lauf berührt, Hagemann im Handbuch des Landwirthschaftsrechts § 143. Note 1.

[16]) Ob überhaupt, was vom vorbeifließenden Wasser gilt, auf Bäche anwendbar und nicht vielmehr auf das Flußwasser zu beschränken sey? Das Letztere. Wenigstens erklärt Theophilus aqua profluens durch *ἀέναον ὕδωρ* (aqua perenniter fluens).

[17]) L. 1. § 4. D. de flum.

bürgern zukommt, verhütet oder unterdrückt werden sollen [18]). Sie beschränken sich auf (öffentliche) Flüsse, sie mögen schiffbar seyn oder nicht, gehen aber nicht auf Bäche oder Privatflüsse [19]). Der Grund ist bei der Hand. Bei Privatflüssen (Bächen) hat der Eigenthümer die gewöhnlichen Mittel, Besitz und Eigenthum gegen Anmaaßungen anderer zu vertheidigen; ein anderer aber hat in Ansehung derselben überall keine Rechte und also auch keine Rechtsmittel. Hier findet kein gemeines Benutzungsrecht der Staatsbürger Statt, wie bei öffentlichen Flüssen, dessentwegen der Einzelne berechtigt wäre, Klage zu erheben.

Da also, vermöge der Gesetze, der Eigenthümer über den Bach volle Macht und Gewalt hat, und, indem er sich derselben bedient, befugt ist, dem unterhalb Wohnenden das Wasser zu entziehen, so wird es rathsam sein, daß Niemand eine Mühle am Bach anlege, bevor derjenige, durch dessen Gebiet der Bach ihm zuströmt, ihm nicht eine Servitus constituirt hat, daß er dem Wasser seinen Lauf lassen, es ihm wenigstens nicht ganz entziehen wolle, während es ihm vorbehalten bliebe, zur dürren Jahreszeit, beim Mangel hinlänglichen Wassers zur Treibung der eigenen Mühle, es einstweilen zu stauen, was unter diesen Umständen dem Besitzer der unterhalb liegenden Mühle auch nicht nachtheilig seyn würde. Unter dieser Einschränkung dürfte dann auch ein neues Gesetz der freien Dispositionsgewalt des Eigenthümers der oberhalb liegenden Mühle, oder vielmehr überhaupt dem Besitzer des oberhalb gelegenen Grundstückes,

---

[18]) Dig. lib. 43. tit. 12. 13. 14. publ. fiat. L. 1 § 1. et 2. D. Ut in flumine publ. navigare liceat.

[19]) L. 1. § 4. et 12. de flum. L. 1. § 2. D. Ne quid in flum.

zum Vortheil der Besitzer unterhalb gelegener Mühlen, nur Schranken setzen können.

Der aufgestellte Satz, daß der Besitzer des höher liegenden Grundstücks den Bach, der durch sein Gebiet fließt, nach Gefallen benutzen könne, ohne daß dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks, welchem der Vortheil des Wassers dadurch entzogen oder beeinträchtigt wird, ein jus prohibendi zusteht, dieser Satz leidet doch dann eine Ausnahme, wenn dem Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks auch das niedriger liegende gehört, und er es dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks nur zur Benutzung eingeräumt, z. B. ihm die Wassermühle verpachtet hat. Vermöge des Contracts ist er schuldig, ihm den usus rei zu gewähren [20]) und darf selbst nichts vornehmen, wodurch der Conductor an der Benutzung der Sache gehindert wird [21]). Freilich darf das auch ein Dritter nicht, und dieser hat dennoch nicht nöthig, sich solcher Handlungen zu enthalten, wodurch dem Besitzer per indirectum geschadet, oder ein bisher genossener Vortheil entzogen wird. Allein dieser steht auch nicht zu jenem in einem solchen Verhältniß, daß er verbunden wäre, ihm einen ungehinderten Gebrauch der Sache zu verschaffen.

Wenn endlich die Rede davon wäre, was in dieser Sphäre Rechtens seyn könnte, so wäre es vielleicht der Analogie nicht unangemessen, daß, gleichwie das Eigenthum der größern Ströme dem ganzen Staat zusteht, so daß jeder

---

[20]) L. 15. § 1. L. 19. § 2. D. Locati.

[21]) Arg. L. 15. § 6. D. de usufr. Einen hieher gehörigen gegen den Eigenthümer und Verpächter entschiedenen Rechtsfall findet man bei Mevius a. a. O.

Staatsbürger sie, jedoch nicht mit Ausschluß des andern, benutzen darf [22]), das Eigenthum der Bäche, wenigstens derjenigen, die ein regelmäßiges Dasein in einem bestimmten Bette haben, auf ähnliche Art allen denjenigen beigelegt würde, deren Grundstücke sie durchfließen, dergestalt, daß jeder Anwohnende dies Geschenk der Natur genießen, keiner den andern davon ausschließen dürfte *).

II.

Giebt es bei Bächen ein Recht der Alluvion?

Nur öffentliche Flüsse haben das Recht der Alluvion, lehrt Aymus [1]). Hingegen Bäche haben es nicht.

An der Richtigkeit dieser Lehre zweifle ich. Die Gesetze beschränken das Recht der Alluvion nicht gerade auf öffentliche Flüsse; sie sagen auch nicht, daß ein solches Recht bei Bächen nicht Statt finde. Nur so viel ist richtig, daß, wenn von dem Recht der Alluvion gehandelt wird, blos von Flüssen die Rede ist. Dies ist das Einzige, was jene Stellen, die Aymus anführt, ersehen lassen; einen andern Beweis für seine Lehre führt er nicht.

---

[22]) *Mev.* c. I. nr. 3. In fluminibus publicis, cum proprietate sint reipublicae, usu omnium, nihil a quoquam fieri debet, ut adimatur usus aliis.

*) Der Leser wird hier auf den Zusatz aufmerksam gemacht, der sich am Ende der Abhandlung befindet.

[1]) De jure alluvionum lib. I. cap. 15. nr. 1. Er beruft sich deshalb auf L. 7. § 1. 3. 5. D. de acq. rer. dom.

Wir können wohl glauben, daß unter dem Ausdrucke Fluß, wenn er simpliciter gebraucht wird, der Römer vorzugsweise versteht, was wir darunter verstehen, ein größeres fließendes Gewässer, also einen öffentlichen Fluß; wir wollen auch annehmen, daß gerade in jenen Stellen dieses Wort in diesem Sinne gebraucht worden; — dennoch beweisen sie nicht, daß nur bei Flüssen das Recht der Alluvion Statt finden sollte, vielmehr würde die Regel hier Anwendung finden: unius positio non est alterius exclusio, und dieses um so mehr, da bei Bächen gewisse Arten der Alluvion gar nicht, andre nur seltner vorkommen können.

Irre ich nicht, so muß man nämlich, will man die aufgeworfene Frage richtig beantworten, zwischen den verschiedenen Arten der Alluvion unterscheiden. Verließe ein Bach sein Bette, oder entstände eine Insel in einem solchen kleinen Gewässer — angenommen, daß dieser Fall möglich wäre — so könnte von einem Rechte der Alluvion die Rede nicht seyn; das verlassene Bette oder die Insel, als ein entblößter Theil des Bettes, würden den Anwohnenden nimmermehr jure alluvionis zu Theil werden; vielmehr, da das Bette eines Bachs nicht, wie das Flußbette, res publica, sondern privati juris ist, würden die Anwohnenden an dem entblößten Bette, oder an dem entblößten Theil desselben, das Eigenthum nur fortsetzen, was ihnen vorher zustand.

Dagegen bringt es die Natur der Sache schon mit sich, daß, wenn ein Bach, der sich in confinio befände, dem Grundstück des Einen Land abschwemmte und es auf der Seite des Andern wiederum ansetzte, heimlich und unmerklich, der Letztere durch Alluvion das Eigenthum des angeschwemmten Landes erwerben müsse. (Dieser Erwerb durch fließende Gewässer scheint dermaaßen natürlich zu seyn,

daß, nur der Vollständigkeit des Systems wegen, desselben ausdrücklich erwähnt werden darf.) Und eben dies würde auch bei einem losgerissenen und dem Grundstücke des Andern zugetragenen Landstücke gelten müssen, nämlich nach der Coalition, gleichwie bei Flüssen. Freilich wird Avulsion bei Flüssen wohl nur selten, noch seltener bei Bächen vorkommen; die Möglichkeit läßt sich aber wohl nicht bestreiten, zumal wenn man erwägt, daß unter dem losgerissenen Landstück jedes zu verstehen ist, was nicht unmerklich dem Lande des Einen entzogen und mit dem Lande des Andern in Verbindung gesetzt wird. Sollte hier deshalb kein Recht der Alluvion Statt finden, weil es ein Bach war, der die Alluvion und Avulsion bewirkte, und kein Fluß? Weder die Größe des fließenden Gewässers, noch die Publicität desselben, kann auf die Erwerbart von einigem Einfluß sein. Vielmehr ist es die Alluvion an und für sich selbst und insonderheit beim losgerissenen Landstück, die Coalition, welche das Eigenthum verändert.

Daher erklärt sich nun, weshalb die Gesetze, wenn sie bemerken, daß bei Seen und Teichen keine Alluvion Statt finde, von den Bächen schweigen, da doch diese, jenen gleich, im Privateigenthum sich befinden, und die Gelegenheit, ihrer mit zu erwähnen, so nahe lag. Zwar der Grund, den sie anführen, indem sie von Seen und Teichen sagen: terminos suos retinent — sie verändern ihre natürlichen Gränzen nicht, wenn gleich das Wasser im See steigt, auch wohl übersteigt, bisweilen fällt [2]), geben also und nehmen kein Land — paßt auf Bäche nicht; aber eben deshalb paßt

---

[2]) L. 12. pr. D. de acq. rer. dom. | L. 24. § 3. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

auch der Rechtssatz selbst nicht auf sie. Und was namentlich den aufgestellten Unterschied zwischen den verschiedenen Arten, wie jure alluvionis (in weiterer Bedeutung) erworben wird, betrifft, wird dieser dadurch noch bestätigt, daß die Gesetze nur beim verlassenen Flußbette und bei der Insel, die im Fluß entsteht, theils ausdrücklich von öffentlichen Flüssen reden, theils sich solcher Ausdrücke bedienen, daß aus dem Zusammenhange erhellet, wie sie nur solche im Sinne hatten.

III.

Von der Avulsion.

Ich habe in der vorhergehenden Erörterung als ausgemacht angenommen, daß die Avulsion zu den Arten gehöre, wie man jure alluvionis Eigenthum erwirbt. Doch finde ich, daß ältere Rechtsgelehrte diese Erwerbart entweder gar nicht kennen [1]), oder sie doch nur mit gewissen Einschränkungen zulassen.

---

[1]) *Perez* ad tit. C. de alluvion. nr. 3. Ihn verführte, wie es scheint, das Schweigen von L. 1. C. h. t. über diese Art der Alluvion. Dort heißt es: Quamvis fluminis naturalem cursum opere manu facto alio non liceat avertere, tamen ripam suam adversus rapidi amnis impetum munire, prohibitum non est. Et cum fluvius priore alveo derelicto, alium sibi facit: ager, quem circumit, prioris domini manet. Quodsi paulatim ita auferat, ut alteri parti applicet: id alluvionis jure ei quaeritur, cujus fundo accrescit. Perez bemerkt über diese Stelle: Dicit *paulatim*, quia si vis fluminis ex fundo alterius partem detraxit, eaque juncta fuerit et coaluerit fundo meo, remanet prioris domini, nec jure alluvionis occupatur.

An einem andern Ort [2]) habe ich darüber im Allgemeinen die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten vorgetragen. Diese stimmt auch mit der daselbst angeführten Pandectenstelle [3]) vollkommen überein und ich halte sie auch noch jetzt für richtig.

Doch ist die Sache einigen Zweifeln unterworfen, die ich hier kürzlich vortragen und beantworten will. Man wird dann zugleich den Grund erkennen, woher jene verschiedenen Ansichten der Rechtsgelehrten rühren.

Jene Pandectenstelle ist die einzige, worin dieser Erwerbsart Erwähnung geschieht; — die Lesart dieser Stelle ist gerade in den entscheidenden Worten nicht über allen Zweifel erhaben; — der Codex schweigt davon; — und Justinian in den Institutionen? —

Justinian lehrt: **was heimlich** und unmerklich angeschwemmt **wird, erwirbt der Herr (sogleich,** setzt die gewöhnliche Theorie hinzu). Dann fährt er fort: Hat ein Fluß ein größeres Landstück Deinem Lande entzogen und dem Lande Deines Nachbarn zugetragen, so ist klar, daß Du Eigenthümer desselben verbleibst.

Es ist hier ein reiner Gegensatz zwischen der unmerklichen und der nicht unmerklichen Anschwemmung. Was dem Eigenthümer unmerklich entzogen wird, verliert er; was nicht unmerklich, behält er (nämlich nach der gewöhnlichen Theorie, vor der **Hand** noch, so lange keine Coalition geschehen ist). Theophilus in der Paraphrasis setzt gerade **den Grund, weshalb der** Eigenthümer des losgerissenen Landstückes, **was** sich am Lande des andern gesetzt hat, (vor

---

[2]) In meinem Werk vom Eigenthum, § 26.

[3]) L. 7. § 2. D. de acq. rer. dom.

der Hand) das Eigenthum beibehält, darin, weil dies Ansetzen nicht unmerklich geschehen, (*οὐδὲ γὰρ ἀνεπαισθήτως γέγονεν*, — neque enim id sine cujusquam intellectu factum est).

So weit stimmen auch die Institutionen mit den Pandecten wörtlich überein.

Aber nun heißt es weiter in den letztern:

> Plane si longiore tempore fundo meo haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore *videtur* meo fundo *acquisita* esse.

Hingegen in den Institutionen heißt es:

> ex eo tempore *videntur* vicini fundo *acquisitae* esse.

Man hat die Lesart in den Institutionen verwerflich finden und, wie in den Pandecten, *videtur* — *acquisita* esse lesen wollen [4]). Hingegen haben Andre sie für richtig gehalten und das *videntur* — *acquisitae* esse auf *radices* bezogen [5]).

In der That, die Lesart in den J. ist — völlig richtig und das videntur — wirklich auf *radices* oder vielmehr auf die Bäume, denen diese Wurzeln angehören, auf *arbores* zu beziehen. Justinian lehrt wirklich nur von den Bäumen, welche in dem Lande, woran das losgerissene Landstück sich gesetzt hat, Wurzeln geschlagen, daß in Ansehung ihrer das Eigenthum verändert wird; hingegen in Ansehung des losgerissenen Landstücks selbst lehrt er dies nicht. Die Paraphrasis des Theophilus setzt dies außer allen

---

[4]) S. m. Lehre vom Eigenthum, § 26. Note 3.

[5]) Ebendaselbst.

Zweifel, worin auch blos von den Bäumen, noch ausführlicher, wie in den J. die Rede ist, von welchen gesagt wird, daß sie demjenigen anheim fallen, aus dessen Boden sie Nahrung saugen. Von dem durch Anwurzelung der Bäume oder auf andre Weise veränderten Eigenthum des losgerissenen Landstücks herrscht auch hier ein tiefes Schweigen [6]).

Es ist daher gerade nicht ohne, wenn ein Erwerb dieser Art von Perez verkannt wird; vielleicht auch von Andern, von jenem nur weiß ich es. J. H. Böhmer [7]) lehrt wenigstens, es sey hier die bloße Coalition allein nicht genug, sondern es müsse die Nachlässigkeit des Eigenthümers hinzukommen, der sich um sein losgerissenes Landstück nicht bekümmere (negligentia domini, jus suum non continuantis, sind seine eignen Worte).

Indessen hat doch die gewöhnliche Lehre die Stelle der Pandecten für sich, wovon man gerade nicht sagen kann, daß sie mit der Stelle der J. in Widerspruch stehe. Denn beide stellen im Grunde verschiedene Sätze auf, die mit einander vereinbarlich sind. Es könnte blos die Abweichung der Stelle der J., wovon als ausgemacht anzunehmen, daß

---

6) *Εἰ δέ τὸ μέρος τὸ ἐκ τοῦ σοῦ ἀγροῦ ἀφαιρεθέν, δενδροφόρον ἦν, καὶ τῷ ἐμῷ προςενεχθὲν ἀγρῷ ἐπὶ πλείονα χρόνον αὐτῷ προςεπάγη, καὶ τὰ δένδρα, ἃ ἐπεφέρετο, τὰς οἰκείας ἐξέτεινε ῥίζας, ὥςτε τοῦ ἐμοῦ ἅψασθαι ἀγροῦ, ἐξ ἐκείνου τοῦ χρόνου ταῦτα τῆς ἐμῆς γενήσεται δεσποτείας, ἐξ οὗ λοιπὸν ἤρξατο τρέφεσθαι ἐκ τῆς ἐμῆς γῆς, οἷον τὰς ῥίζας ἔχοντα ἐν τῇ ἐμῇ γῇ.*

Nach der Uebersetzung von Reitz: Quod si pars ex agro tuo ablata, arborifera sit, meoque agro adjecta, longiore tempore ei adhaeserit, atque arbores, quas ferebat, ita suas extenderint radices, ut meum agrum contingant, illae ex eo tempore mei fient dominii, ex quo deinde e mea terra ali coeperunt, ut quae radices habeant in mea terra.

7) ad § 21. J. de rer. div.

sie nicht verfälscht sey, Zweifel in Ansehung der Echtheit der Pandectenstelle, oder vielmehr jener Worte derselben, worauf es hier ankömmt, erregen, wiewohl doch das *videtur acquisita esse* der Pandectenstelle zu dem Zusammenhange am Besten paßt, wohingegen in den J. die Bäume, an welche vorher Niemand dachte, nämlich als Gegenstand der Untersuchung, gleichsam vom Himmel herabfallen, auch eine andre Stelle der Pandecten — L. 9. § 2. D. de damno infecto — mit jener übereinstimmt [8]). Aber freilich ist in der letztern blos von einer Erdrinde, crusta terrae, welche auf das Gebiet des Nachbarn gefallen, und durch Coalition die seinige geworden, die Rede. —

Vielleicht wendet man ein: Justinian habe durch die Stelle der J. das Recht der Pandecten absichtlich verbessern wollen; deshalb sey jene vorzuziehen. Das möchte vielleicht

---

[8]) Haloander und die Vulgata, so wie das Rehdigersche Mscpt. der *II* lesen auch *videntur* und *acquisitae esse*, s. die Note 42. in der Gött. Ausgabe des Corp. juris ad L. 7. §. 2. D. cit.; doch hat die im Text angeführte Lesart die Auctorität der Florentina für sich. Es ist auch nicht zu übersehen die Bemerkung des Scholiasten: *ὁ μακρὸς χρόνος ἐστιν, ὅτε δύναται ῥιζῶσαι δένδρον* (ein tempus longum ist (hier) soviel, als ein Baum nöthig hat, Wurzeln zu schlagen) wobei Fabrot (in der Note u zu diesem Titel der Paraphr. des Theophilus, in seiner Ausgabe desselben, S. 158.) die Bemerkung macht: quasi ex quo arbores radices egerunt in fundum meum, pars illa unitatem cum fundo meo fecisse intelligatur et tam igitur pars praedii, quam arbores, quibus est consita, praedio meo acquiruntur. Dies kann nebst dem, was die Glosse zu den Worten *longiore tempore* bemerkt, zugleich zur Bestätigung dessen dienen, was ich in meinem Werk vom Eigenthum a. a. O. über die Art, wie die Coalition beim losgerissenen Landstücke bewirkt wird, abweichend von der gewöhnlichen Theorie, gesagt habe

auf den ersten Anblick so scheinen — indessen als ausgemacht könnte es höchstens nur dann angenommen werden, wenn beide Stellen wirklich einander entgegengesetzte Lehren enthielten.

Ja, folgt daraus, daß das Eigenthum der Bäume, sobald sie Wurzeln geschlagen haben, verändert wird, nicht schon, daß von diesem Zeitpunkt an, wie die Pandectenstelle lehrt, auch das Land selbst dem Eigenthümer der Bäume gehören müsse? Dürfte der Eigenthümer das Landstück selbst noch als das seinige betrachten und es wiederum abholen, so würden ja auch die Bäume nicht zurückbleiben [9]. Und ist nicht jener Rechtssatz, wonach der Eigenthümer des größern Landstückes das damit vereinigte kleinere erwirbt, der Analogie des römischen Rechts angemessen?

Alles wohl erwogen, scheint es vielmehr, hier sey der zweite mögliche Fall vorhanden, nämlich, daß die Stelle der J. auf einem Mißverständniß der Pandectenstelle beruhe [10]. Dabei, denke ich, wollen wir uns — beruhigen.

---

[9]) Zur Noth könnte auch das *Videntur* und *acquisitae esse*, wenn in der Pandectenstelle wirklich so gelesen werden müßte, auf Beides bezogen werden. Die Glosse macht zu dem Wort acquisita die Bemerkung: dictae arbores et terrae.

[10]) Welches, wenn man annimmt, daß in den *II* wirklich videntur und acquisitae zu lesen, diese Worte jedoch auf Beides zu beziehen sind, nämlich nach der Meinung des Cajus, von welchem die Pandectenstelle herrührt, um so leichter zu erklären seyn würde.

IV.

Vom Wasserzufluß, welchen Jemand dulden muß.

Wir haben in den ersten Blättern dieser dem Wasserrecht gewidmeten Abhandlung gesehen, daß ein Nachbar dem Andern Wasser vorenthalten, ja es ihm gänzlich entziehen dürfe, welches, hätte man ihm seinen natürlichen Lauf gelassen, demselben zugeströmt sein würde. Jetzt wird von ganz andern Dingen die Rede seyn, von entgegengesetzten.

Wenn die Frage aufgeworfen würde: ob umgekehrt wohl der Nachbar verbunden sey, das Wasser auf seinem Grundstück zurückzuhalten oder es dort wegzuschaffen, damit das Grundstück des Nachbarn z. B. sein Keller, nicht überschwemmt oder vom Wasser belästigt werde, so würde bei dieser Frage in Betrachtung zu ziehen seyn, was die Gesetze bei Gelegenheit der actio aquae pluviae arcendae lehren.

Der Eigenthümer eines Grundstücks muß es sich gefallen lassen, daß das Wasser von dem höher liegenden Grundstück seines Nachbarn auf sein niedriger liegendes abfließt; er kann so wenig verlangen, daß sein Nachbar den natürlichen Gang des Wassers hemme, daß er nicht einmal befugt ist, durch Anstalten auf seinem Grundstück das Wasser zu hindern, auf sein Grundstück zu kommen und darüber abzufließen. Es ist dies eine sogenannte natürliche Servitus, welche stets dem niedriger liegenden Grundstück gegen das höher liegende benachbarte obliegt, ein incommodum, wie Ulpian lehrt, was in der natürlichen Lage beider Grundstücke gegründet, dem einen gegen

das andere durch die Natur selbst aufgelegt ist [1]). Nur Veränderungen mit dem natürlichen Lauf des Wassers, zum positiven Nachtheil des Nachbarn, vornehmen, zuschicken, darf der Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks dem niedriger liegenden das Wasser nicht, eben so wenig wie dieser es jenem zurückschicken darf, als welches ein Zuschicken involviren würde; er darf z. B. keine Anstalten treffen, wodurch das Wasser, zu einem Strom gesammelt, auf das Grundstück des Nachbarn sich ergießt; daher ist ihm nicht erlaubt das *corrivare aquam* [2]). Hingegen, wenn der Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks nicht durch positive Thätigkeit dem Nachbarn schadet, wenn die natürliche Beschaffenheit seines Bodens es ist, welche dem Letztern durch Wasserzufluß Nachtheil zuwege bringt, — cum ipsius loci natura nocet — steht, wegen eines solchen vitii soli, dem Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks kein Recht zu, von dem Eigenthümer des höhern Abstellung dieser Beschwerde verlangen zu können [3]). Bloße Unthätigkeit des Eigenthümers des höher liegenden Grundstücks kömmt nicht in Betrachtung — als nur dann wenn positive Thätigkeit in Veränderung des natürlichen Laufs des Wassers vorher ging, welche jetzt, vermöge dieser späteren Unthätigkeit, dem Nachbarn durch Wasserzufluß Schaden verursacht [4]).

---

[1]) L. 1. §. 10. 13. 23. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

[2]) L. 1. §. 1. et 6. et penult D. eod. L. 3. pr. D. eod.

[3]) L. 1. § 14. D. eod.

[4]) So erkläre ich mir *L. 13. D. si serv. vind.* Fistulas, quibus aquam duco in via publica habeo: et hae ruptae inundant parietem tuum: puto, posse te mecum recte agere, jus mihi non esse flumina ex meo in tuum fundum fluere.

Diese Grundsätze, welche die Gesetze bei Gelegenheit der actio aquae pluviae arcendae aufstellen, sind doch keinesweges auf selbige, also nicht auf Ackerstücke oder Flächen, die von Gebäuden leer sind — nicht auf den Fall, si ager agro noceat — zu beschränken, noch auf das Wasser, was vom Himmel fällt. Hier liegt vielmehr das allgemeine Princip zum Grunde: ein Nachbar sey nicht schuldig, den natürlichen Gang des Wassers zum Vortheil seines Nachbars zu ändern, oder ihn vor dem Wasser zu bewahren, dieser müsse es vielmehr dulden, daß das Wasser ihm zufließe, und jener dürfe es ihm nur nicht zuschicken oder auf das Gebiet desselben hinleiten, auch unbeabsichtigt nicht. Bei Gebäuden bedient man sich nur dieser besondern Art der Klage — der actio aquae pluviae arcendae — nicht, sondern man schützt die Freiheit des Eigenthums gegen die Anmaaßungen seines Nachbarn durch die actio negatoria [5]).

Daß jene Grundsätze allgemein, auf agros und Regenwasser nicht einzuschränken sind, dafür, scheint es, könne besonders folgende Stelle aus dem Titel der Pandecten, worin de aqua et aquae pluviae arc. act. gehandelt wird, als Beweismittel benutzt werden.

> Apud Trebatium relatum est, eum in cujus fundo aqua oritur, fullonicas circa fontem instituisse et ex his aquam in fundum vicini immittere coepisse: ait ergo non teneri eum aquae pluviae arcendae actione; si tamen aquam con-

---

5) L. 1. §. 17. D. de aqua et aquae plur arc. act.

rivat, vel si spurcam quis immittat: posse eum impediri plerisque placuit [6]).

Nach dieser Stelle muß der Nachbar das Wasser, was von Natur ihm zufließt, aufnehmen; es ist dabei von keinem Regenwasser, sondern von Quellwasser und, wie es scheint, auch nicht von leeren Flächen die Rede. Es scheint sogar, nach dieser Stelle, als könne ein Nachbar dem andern Wasser zuschicken; allein, eine nähere Betrachtung lehrt bald, daß unter dem: aquam in fundum vicini immittere, blos der natürliche Gang des Wassers gemeint sey, was auf dem Grundstück des Walkers entsprang und auf dasjenige seines Nachbarn abfloß. Dieser Nachbar konnte es dem Walker nicht einmal wehren, an diesem Wasser eine Walkerwerkstatt anzulegen und das Wasser, getrübt von dem zum Reinigen gebrauchten Material, auf das Grundstück des Nachbarn laufen zu lassen; nur zusammenleiten oder Unrath hineinwerfen und auf solche Weise den Nachbarn durch positive Handlungen in Schaden setzen, durfte er nicht.

Was kann es auch für einen Unterschied machen, ob das Wasser, was von Natur fließt, vom Himmel fällt oder aus der Erde hervorquillt, ob das Grundstück, woher das Wasser kömmt oder wohin es geht, eine leere Erdfläche oder ein Gebäude darüber befindlich ist [7]).

---

[6]) L. 3. pr. D. h. t.

[7]) Bei Gebäuden hat freilich ein Nachbar nicht das Recht, das Wasser von seinem Dach tropfenweise oder in Rinnen gesammelt auf das Gebiet des Nachbars fallen zu lassen — weshalb er auch kein Gemäuer mit einem s. g. Satteldach auf der Gränze haben darf, sondern nur mit einer steilen oder aufstehenden Ruthe — aber dieses Wasser fließt

Besonders spricht dafür die Natur der Sache, und der Umstand, daß, abgesehen von Verträgen, die nur den Paciscenten und seinen Erben binden würden, es überhaupt keine Verbindlichkeit giebt, wodurch ein Nachbar genöthigt wäre, zum Vortheil des andern positiv thätig zu seyn. Zum Unterlassen kann wohl ein Nachbar verbunden seyn gegen den andern, nämlich, er darf nichts vornehmen, wodurch er in das Eigenthum des andern eingreift — und selbst solcher Handlungen muß er sich enthalten, wozu er, vermöge seines Eigenthums, an und für sich berechtigt wäre, wenn ihm das Recht einer Servitus, die dem benachbarten Grundstück zusteht, im Wege steht; aber selbst eine solche kann ihm im gegenwärtigen Fall die Hände nicht binden, nämlich sie kann ihn nicht verpflichten, das Wasser fortzuschaffen oder es zu hindern, daß es sich nicht auf das Grundstück des Nachbarn ergieße, da die bekannte Natur der Servituten es mit sich bringt, daß sie nicht in faciendo bestehen können.

Endlich werden auch jene Principien, welche die Gesetze bei Gelegenheit der actio aquae pluviae arcendae aufstellen, keineswegs als solche gegeben, die dieser Klage eigenthümlich sind. Ueberhaupt beruht die actio aquae pluviae arcendae, wenn gleich bei selbiger einige singularia vorkommen, in ihren Hauptgrundsätzen doch eben nicht in jure singulari.

Wenn also auf dem Gebiet des A. auf der Fläche, worüber sein Haus steht, z. B. in seinem Keller, Wasser

---

dem Letztern auch nicht von Natur zu, sondern wird ihm durch die Existenz des Gebäudes oder der sonstigen Anstalt zugeschickt, oder auf sein Gebiet hingeleitet.

aus der Erde hervorquillt oder in demjenigen seines Nachbarn B., von woher es dem seinigen mitgetheilt wird, und das Wasser sich nach dem Keller des C. hin verbreitet; — so kann der Letztere weder von seinem nächsten, noch von seinem entferntern Nachbar begehren, daß er das Wasser von dort wegschaffe, sondern er muß dies Ungemach so gut ertragen, wie jedes andre, was in der natürlichen Beschaffenheit des Bodens oder der Lage seines Grundstücks gegründet ist. Er muß sich davon zu befreien suchen, so gut er kann, nämlich es, wenn es auf seinem Gebiet angekommen ist, selbst fortschaffen — oder sich von seinem Nachbarn eine Servitus bestellen lassen, vermöge deren dieser dulden soll, daß er auf sein Gebiet kommen oder eine Anstalt daselbst haben dürfe, um das Wasser von dort wegzuschaffen.

Eine Ausnahme würde vielleicht dann zu machen seyn, wenn sich beweisen oder ausmitteln ließe, daß durch Aufgrabung des Kellers das Wasser dorthin geleitet sey und selbiges außerdem diesen Gang nicht genommen haben würde; — was aber, da das Erdreich meistens von der Art ist, daß es Wasser durchläßt, wenigstens nicht wahrscheinlich ist. Vielmehr scheint umgekehrt wahrscheinlich zu seyn, daß durch den dadurch bewirkten leeren Raum jene Last für den Nachbar verringert worden.

Zusatz.

Die vorstehende Abhandlung erschien zuerst im Archiv für die civil. Praxis Bd. 3. Heft 1. S. 60. ff. Jahrgang 1820. Einige unbedeutende Aenderungen in den Ausdrücken und in der ersten Note abgerechnet, erscheint sie hier unver-

ändert; nichts ist hinzugekommen, nichts ist hinweggenommen.

Indessen ist doch etwas daran zu verbessern, was ich hier aber lieber besonders geben und auch manches hinzusetzen will; mit beidem bezieht es sich nur auf das Eigenthum und die Benutzung der Bäche. Nämlich man muß erst Flüsse von Bächen scheiden und unter den Flüssen müssen wieder *flumina perennia* und *torrentia* unterschieden werden; das Letztere ist eine Unterscheidung, die sich bloß auf Flüsse bezieht. Nur die Flüsse sind entweder flumina *publica* oder *privata*. Dies ist es, was ich, auf Veranlassung einer vor Kurzem erschienenen Abhandlung eines neueren Schriftstellers, zu verbessern finde [1]). Ich will aber überhaupt über diese Materie, da ich nun einmal dabei bin und die Gedanken daran wieder aufgeregt und in Bewegung sind, noch Folgendes sagen.

Im allgemeinen Verstande ist Fluß ein jedes von Natur fließende Gewässer. Aber vorzugsweise werden unter den fließenden Gewässern nur die größeren *flumina* oder Flüsse genannt. Wie wir auch im Deutschen beides unterscheiden und z. B. sagen würden, das ist ein Bach und kein Fluß, oder umgekehrt; also ist in der lateinischen Sprache *flumen* ein *flumen magnum*; schon die sprüchwörtliche Redensart der Römer: *e rivo flumen facere* deutet darauf hin. In beiden Sprachen ist Fluß ein großer Fluß und Bach ein kleiner. Die (großen) Flüsse sind nun nicht alle flumina *publica*. Die Römer gingen hier, wie es scheint, von der Idee aus, daß man nur solche fließende Gewässer, welche Quellen oder Behäl-

[1]) Funke Beiträge zum Wasserrecht (Archiv für die civil. Praxis. Bd. 12, Heft 2.).

ter haben, aus denen ihnen beständig Wasser zufließt, — wie denn einige z. B. aus Seen entspringen — Flüsse nennen könne. Hingegen solche Wasser, die keine perpetuam causam fluendi haben, die sich nur zu gewissen Jahreszeiten ansammeln und fließen, die also nicht beständig sind oder Flüsse sind, könne man nicht eigentlich Flüsse nennen und ihnen wenigstens nicht die Rechte der Flüsse beilegen. Sie unterscheiden daher flumina *perennia* und *torrentia*. *Torrens* ist, den Lexicographen zufolge, ein Regenbach oder Gießbach. [2]). Nach der Erklärung, die Ulpianus (L. 2. §. 2. D. de flum.) giebt, sollen wir uns aber etwas Anderes darunter denken, nämlich kein jählings angelaufenes Wasser, kein Wasser, was im Sommer plötzlich zu einem Bach zusammenströmt und, mit größerer oder geringerer Heftigkeit, daher stürzt, sondern Flüsse (flumina torrentia), die nur im Winter fließen, im Sommer aber austrocknen; was doch auf ein regelmäßiges, wenn auch intermittirendes Fließen, in einem bestimmten Bette, hinzudeuten scheint. Dergleichen intermittirende Flüsse werden ohne Zweifel eine sehr seltene Erscheinung seyn — ich an meinem Theil habe nie davon gehört oder gelesen — und daher erklärt es sich, daß Marcianus lehrt: Flumina *pene* omnia publica sunt [3]). Ja, in den Institutionen ist auch das *pene* weggeblieben und Justinian sagt: Flumina *omnia* publica sunt [4])., vielleicht, weil er das Daseyn bloßer Winterflüsse, die im Sommer garnicht

---

[2]) S. Scheller's Lexicon unter diesem Wort. Er führt unter andern folgende Stelle des Ovid an: Flumine perpetuo torrens solet acrius ire: Sed tamen haec brevis est, illa perennis aqua. Ovid remed. 651.

[3]) L. 4. D. de rer. div.

[4]) §. 2. J. de rer. div.

fließen, **völlig** austrocknen, bezweifelte, vielleicht weil er sie für so selten hielt, daß er es nicht nöthig fand, ihrer hier zu erwähnen; für die Anfänger war es auch allerdings genug, sie mit der Regel bekannt zu machen und nicht nöthig, sie durch Anführung einer höchst seltenen und vielleicht zweifelhaften Ausnahme irre zu machen [5]. Daß dergleichen intermittirende Flüsse hier als torrentia bezeichnet werden, wenn torrens wirklich einen Regenbach oder Gießbach bezeichnet, ist etwa so zu erklären. Bloße Regen- oder Gießbäche sind schon durch den Begriff *flumen* ausgeschlossen; hingegen **Flüsse**, die im Winter fließen und im Sommer austrocknen, könnten ihrer Größe wegen für wirkliche Flüsse gelten; diese mußten also von der Classe der beständigen und öffentlichen Flüsse ausgeschieden und dem Privateigenthum überlassen bleiben. Sie kommen mit Regen- oder Gießbächen darin überein, daß sie nicht immer sind, weil sie keine perpetuam causam fluendi haben; sie konnten also den Namen *torrens*, der nur den letztern zukommt, von ihnen erborgen. Auch wir würden übrigens dergleichen vorübergehende Naturerscheinungen, jene wohl nicht für echte **Flüsse**, diese wenigstens nicht für echte **Bäche**, erkennen.

Den Flüssen stehen die **Bäche** gegenüber. Unserm deutschen Wort **Bach** entspricht das römische *rivus* nicht völlig. Wir verstehen unter **Bach** ein kleines, von Natur fließendes, Gewässer; aber *rivus* ist von größerem Umfange.

---

[5] **Paulus** lehrt von Flüssen: Flumina publica, quae fluunt, ripaeque eorum publicae sunt. L. 3 pr. D. de flum. Diejenigen größeren fließenden Gewässer, will **Paulus** sagen, die **noch wirklich fließen**, im **Gegensatz alter ausgetrockneter Flußbetten** u. s. w. sind publici juris.

Nach dem Etymon des Worts, wie es im römischen Recht gegeben wird, da es nämlich von *ῥέω* abstammen soll [6]), scheint in der Grundbedeutung *rivus* überhaupt Wasser, was fließt, anzudeuten. Daher brauchen es die Römer für beides, für Wasser, was von Natur fließt, und für Wasser, was durch Kunst geleitet wird. Vorzugsweise hat man nun wohl von Natur fließendes Gewässer mit dem Ausdruck *rivus* bezeichnet, und, während unter den fließenden Gewässern wiederum die größeren einen eigenen Namen sich beilegten und als *flumina* unter den geringeren Gewässern auch durch den Namen sich auszeichneten, mußten sich die kleinen Wasserzüge, die Bäche, zufrieden geben, daß sie mit dem alten Namen nach wie vor bezeichnet wurden. Daher sagt Festus: Rivus dicitur non tantum *naturali suo impetu fluens tenuis aquae fluxus*, sed et *manu factus*, sive super terram in fossa, sive super specu. (Wer den Festus nicht zur Hand hat, findet die Stelle auch bei Brisson.) Nicht nur das Wasser selbst, sondern auch die Anstalt, wodurch es geleitet wird, ward *rivus* genannt. In dieser letzteren Bedeutung gebraucht den Ausdruck der Prätor im Titel der *II* de rivis; in diesem Sinne gebraucht ihn Ulpianus, wenn er, zur Erläuterung dessen, was der Prätor verordnet, hinzusetzt: *Rivus* ist eine, der Länge nach sich senkende, zur Wasserleitung vertiefte Fläche, oder, eine durch Kunst gemachte Bahn, die dem Wasser seinen Lauf anweist, — Rivus est *locus* per longitudinem depressus, qua aqua decurrat [7]). — *Rivus* kann also ein Werk der Kunst oder der Natur seyn. Man muß die verschiedenen Bedeutungen von *Rivus*

---

[6]) L. 1. § 2. D. de rivis.

[7]) L. 1. § 2. D. de rivis.

wohl unterscheiden, weil der Ausdruck bald in dieser, bald in jener Bedeutung gebraucht wird.

In der Bedeutung eines Bachs gebraucht den Ausdruck Ulpianus, wenn er im Titel der *Π* de fluminibus zur Erläuterung des Edicts des Prätors: *Ne quid in flumine publico ripave ejus facias, ne quid in flumine neve in ripa ejus immittas, quo statio iterve navigio deterior sit, fiat,* gleich damit anfängt, daß er rivus von flumen, wovon im Edict die Rede war, während von *rivus* kein Wort darin vorkommt, unterscheidet. Er sagt nämlich: Von einem Fluß unterscheidet sich ein Bach durch die Größe oder durch die Meinung der Anwohnenden. Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione accolentium [8]). Er sagt m. a. W. *Rivus* ist im Kleinen, was flumen im Großen ist, also, ein Flüßchen, mithin, was wir einen Bach nennen. Die Gränzlinie läßt sich nicht genau angeben, denkt Ulpianus; man muß — doch wohl nur in zweifelhaften Fällen — auf die Meinung der Anwohnenden sehen. Alles das paßt nicht auf eine Rinne, Canal u. s. w.

Die Bäche sind nun, gleich den fluminibus torrentibus, *privati juris.* Denn, nur die Flüsse, nur die *flumina,* und unter ihnen auch nur die *flumina perennia,* sind publica. Oder hätte Ulpian, der Bäche von Flüssen unterscheidet, sie sogleich wieder unter Flüssen begriffen? Der ganze Gang der Ideen deutet auf das Gegentheil hin. Ulpian lehrt: Flüsse sind von Bächen zu unterscheiden [9]). Und das ist in diesem Zusammenhange gerade, als ob er sagen wollte: Der Prätor spricht in seinem Edict von Flüssen;

---

8) L. 1. § 1. D. de flum.

9) L. 1. § 1. D. de flum.

wir müssen hier also nicht an Bäche denken; das sind zwar im Allgemeinen auch Flüsse; sie sind aber doch von den eigentlich so genannten Flüssen, als von denen der Prätor spricht, durch die Größe verschieden. Unter den Flüssen, fährt er fort, sind einige perennia, andre torrentia [10]). Dann setzt er hinzu: Einige Flüsse sind publica, andere privata; publica sind die perennia, privata sind die torrentia, nämlich *flumina* [11]). Sollte auch bei den *rivis* ein Unterschied seyn zwischen publicis und privatis, so hätte dies ausdrücklich bemerkt werden müssen. Ulpian, welcher so eben Flüsse von Bächen geschieden hatte, Ulpian hätte nothwendig hinzusetzen, oder Tribonian hätte ihn hinzusetzen lassen müssen: Ebendies gilt von Bächen; auch sie sind *publici* oder *privati*, je nachdem sie *perennes* oder *torrentes* sind. Zur Bestätigung kann ich mich auf eine Stelle des Paulus, nämlich L. 6. im Titel der *II.* finium regundorum berufen, woselbst dem *flumen* (publicum) der *rivus privatus* entgegengesetzt wird.

L. 4. § 11. *D. finium regund.*

Sive via publica intervenit, confinium non intelligitur: et ideo finium regundorum agi non potest.

L. 5. *eod.*

Quia magis in confinio meo via publica, vel flumen sit, quam ager vicini.

L. 6. *eod.*

Sed, si *rivus privatus* intervenit, finium regundorum agi potest.

---

[10]) § 2. eod. | [11]) § 3. eod.

Zwar dies kann heißen: **weil** ein rivus — *privatus* ist; es kann aber auch heißen: **wenn** er — *privatus* ist. Indessen scheint es mir fast, als sey der Zusatz *privatus* bei *rivus* dadurch zu erklären, daß, wie erwähnt, *rivus* überhaupt ein fließendes Gewässer heißt [12]). Um nun bemerkbar zu machen, daß hier nur die Rede sei von einem kleinern dergleichen *rivus,* von einem Flüßchen oder dem, was vorzugsweise *rivus* genannt wird, ist diesem Ausdruck *privatus* hinzugefügt, im Gegensatz des *fluminis,* wovon vorher die Rede war, nämlich publici.

Wenn nun bloß die flumina, und zwar die perennia, publica sind, und der Unterschied zwischen fluminibus publicis und privatis auf die *rivos* nicht anwendbar ist, diese vielmehr ohne Unterschied privati — oder privati juris sind, so sind auch die Rechtsgrundsätze, die von öffentlichen Flüssen gelten, auf Privatbäche, oder, was einerlei ist, auf Bäche nicht anwendbar. Von diesen gilt vielmehr, was, wie ich nicht bestreiten will, **zunächst** nur von fluminibus torrentibus geschrieben steht:

> Nihil differt a caeteris locis privatis flumen privatum.

Bäche sind überhaupt keine *flumina* in jenem vorzüglichen Sinn, also können sie auch nicht unter dem Ausdruck: flumina *privata* begriffen sein; indessen, was von *fluminibus* privatis gilt, muß auch von *rivis* privatis gelten.

---

12) *L.* 7. §4. *D. de acq. rer. dominio.* Quod si uno latere perruperit flumen et alia parte novo rivo fluere coeperit; deinde infra novus iste rivus in veterem se converterit: ager, qui a duobus rivis comprehensus, in formam insulae redactus est ejus est scilicet, cujus et fuit.

Wenn selbst *flumina* (torrentia) privati juris und von andern Privatsachen nicht verschieden sind, wie sollte von Bächen etwas Anderes gelten? Beide diese fließenden Gewässer sind privati juris. Beide sind im allgemeinen Verstande flumina privata.

Die Bäche sind also bei Vertheilung der Sachen dem Privateigenthum überlassen worden. Und damit geht es am Ende ganz natürlich zu. Während die größeren Ströme, als natürliche Wasserstraßen, zum Gebrauch der Reisenden und zur Versendung von Waaren und Gütern frei seyn und, zusammt dem Bette und der Benutzung des Ufers, ohne welche kein vollständiger Gebrauch des Flusses möglich ist, dem Allgemeinen vorbehalten bleiben mußten, überließ man die unbedeutenden Bäche, als zu jenen Zwecken nicht tauglich, denjenigen, über deren Grundstücke sie in ihrem, gewöhnlich nur kurzen, Lauf hinfließen. Die Flüsse sind mithin, was auf dem Lande die öffentlichen Wege sind; sie sind den Landstraßen zu vergleichen und, gleich diesen, res publicae; die Bäche vergleichen wir billig den Privatwegen. Aehnliche Gründe mögen dann auch gemacht haben, daß man die *flumina torrentia* dem Privateigenthum überließ. Dergleichen Naturerscheinungen kommen, wie gesagt, nur sehr selten vor, und, da sie zu einer Zeit fließen, wo der Verkehr unter den Menschen und Reisen und Handel und Wandel unter ihnen minder lebhaft sind, so wird dadurch, wenn sie überhaupt fahrbar sind, dem Allgemeinen wenig entzogen.

Nach allem diesem finde ich an den Rechtsgrundsätzen, die ich über die Bäche vorgetragen, nichts zu ändern. Ich halte, nach wie vor, dafür, es stehe dem Eigenthümer das Recht zu, das Wasser im Bach in seinem Lauf aufzuhalten

und es zu zwingen, ihm und seinem Grundstück zum Nutzen und Gebrauch zu dienen, auch mit gänzlicher Ausschließung des Nachbarn, dem der Bach zugeströmt seyn würde, wenn er ihm seinen natürlichen Lauf gelassen hätte.

Ein Bach, der über die Grundstücke mehrerer Eigenthümer fließt, gehört jedem soweit, als er über sein Grundstück fließt, und soweit macht er einen Theil desselben aus. Miteigenthümer des Bachs sind sie nicht; denn das wahre Miteigenthum setzt bekanntlich voraus, daß Mehreren an derselben Sache ideelle Antheile zustehen. Eben so wenig steht ihnen ein gemeinschaftliches Benutzungsrecht zu, sondern, soweit der Bach über das Grundstück eines jeden fließt, darf er ihn, mit Ausschluß des andern, benutzen. Stände bei Bächen den Anwohnenden ein gemeinschaftliches Benutzungsrecht zu, so dürfte ja Niemand ohne Erlaubniß des Nachbarn eine Mühle am Bach anlegen, weil ja der gemeine Gebrauch des Wassers dadurch behindert werden, er durch Anlegung der Mühle einen Theil des Bachs sich ausschließlich anmaßen würde.

Man könnte nur etwa in dem Sinn sagen, es stehe ihnen ein gemeinschaftliches Benutzungsrecht zu, daß der Nachbar das Wasser nicht hindern dürfe, zu dem Nachbar hinzukommen. Aber worauf gründet sich ein solches Recht? Es kann nur aus positiven Gesetzen hergeleitet werden und dergleichen giebt es nur etwa in einzelnen Ländern. Das Einzige wäre, daß man sagte, aqua profluens sey res communis und Niemanden stehe das Recht zu, einen andern von der Theilnahme daran auszuschließen. Allein, dies Argument würde zu viel beweisen; es würde daraus folgen, daß nicht blos der Anwohnende, sondern der Staatsbürger, ja jeder Mensch die Bäche benutzen und Niemand den an-

dern von der Mitbenutzung ausschließen könne. Auch davon abgesehen, sind die Grundsätze, die vom fließenden Wasser gelten, schwerlich auf Bäche anzuwenden. Daß sie nur auf öffentliche Flüsse anzuwenden, dafür scheint schon der Umstand zu sprechen, daß Theophilus den Ausdruck aqua profluens durch *ἀέναον ὕδωρ, aqua perenniter fluens* d. h. für das Wasser eines fluminis perennis, erklärt; wie schon in der Note 16 bemerkt ist. Auch lehrt ja Ulpian: *Nihil differt a caeteris locis privatis flumen privatum*, welches denn auch auf Bäche Anwendung findet. Dieser Ausspruch kömmt hier aber um so mehr in Betrachtung, da unter dem Ausdruck flumen oder Fluß das fließende Wasser zu verstehen ist; hingegen das Bette und das Ufer des Flusses tragen den Fluß und beziehungsweise schränken sie ihn ein, machen aber den Fluß selbst nicht aus und sind davon zu unterscheiden [13]). Auch dürfte eine Stelle in der Carolina hier in Betrachtung kommen. Es heißt nämlich daselbst (Art. 169): Wer aus einem fließenden ungefangenen Wasser Fische finge, das einem andern zustünde, der ist an seinem Leibe oder Gut u. s. w. zu strafen. Unter diesem fließenden Wasser, was einem andern zusteht, kann nichts anders gemeint seyn, als ein Bach.

An und für sich scheint zwar die Natur der Sache dafür zu sprechen, daß Wasser, welches in einer beständigen Bewegung ist, über ein Grundstück hinwegeilt, es gleichsam, ohne sich aufzuhalten, im schnellen Fluge, als ein Fremdling, nur durchreist, dem Besitzer nicht grade gehöre, noch

---

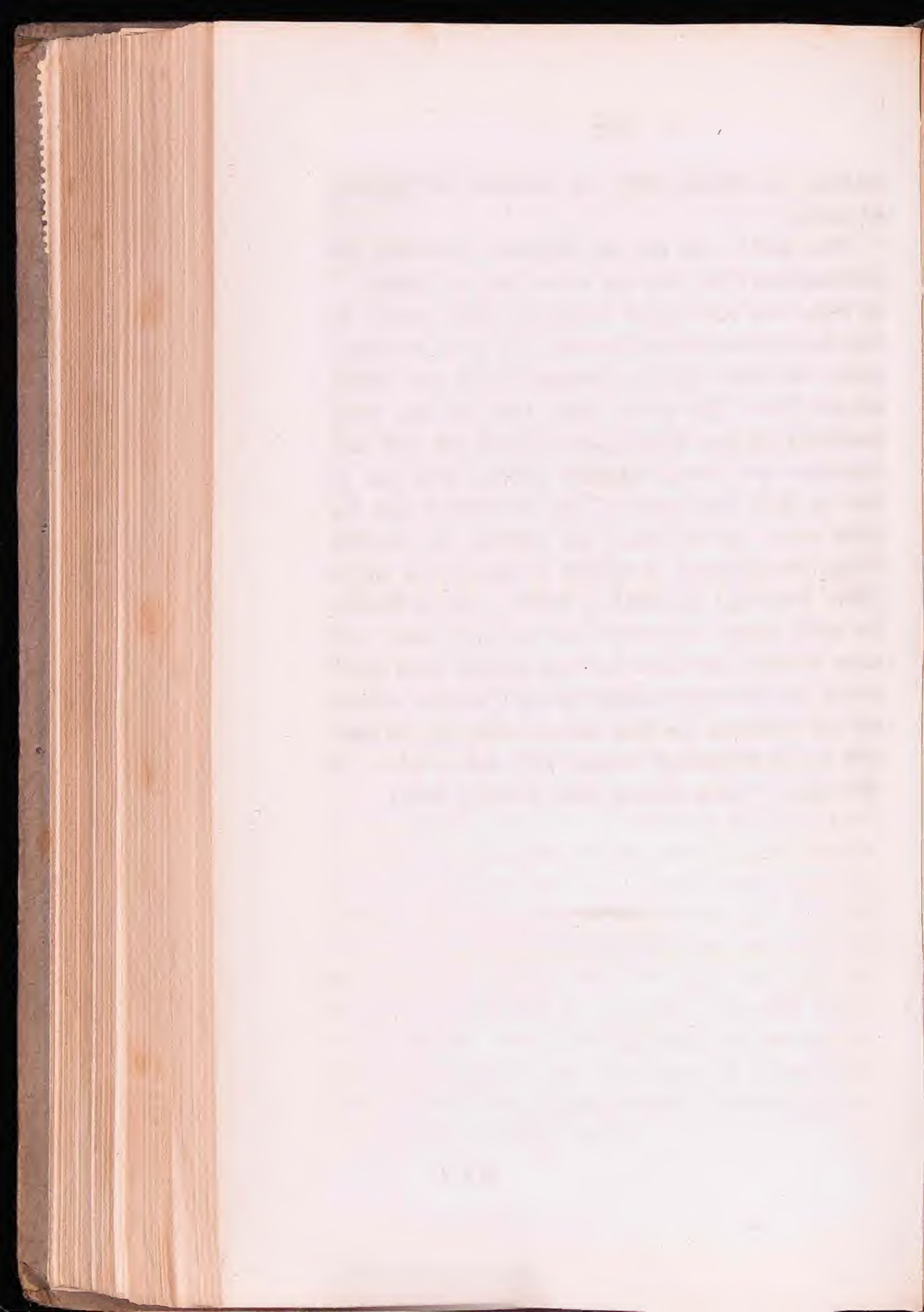
[13]) L. 1. § 11. D. de flum.

noch weniger, als das Wild, welches in diesem Augenblick in seinem Walde sich aufhält und vielleicht im nächsten im Walde des Nachbarn umherschweift. Aber wenn das Wasser im Bach hiernach auch nicht als res communis, sondern als *res nullius* anzusehen wäre, so wäre durch diese Ansicht für den Nachbarn noch immer nichts gewonnen. Der Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks befindet sich doch immer in der Lage, jeden und namentlich den Besitzer des niedriger liegenden von dem Wasser auszuschließen und wenn es dem Nachbarn zufließt, so geschieht es nur, weil er es ihm überläßt, indem er keine Anstalten getroffen hat, es auf seinem Grundstück festzuhalten, wozu er ohne Zweifel das Recht hat, man mag die Sache betrachten, von welcher Seite man will. Ihm gehört nicht nur das angränzende Gebiet, ihm gehört auch das Bette des Bachs und das Ufer desselben; das letztere ist nicht bloß der Substanz, sondern auch dem Gebrauch nach ausschließlich das seinige — welches sich bei öffentlichen Flüssen bekanntlich anders verhält. — Er hat nicht nöthig, zu dulden, daß der Bach über sein Grundstück und über den Theil desselben, den er sich zum Bette gewählt hat, weiter und dem Nachbarn zufließt; er kann ihm den Gang, den er nehmen will, verwehren und ihm einen andern anweisen. Niemand kann ihm verbieten, auf seinem Grundstück Handlungen vorzunehmen, wodurch das Wasser ganz oder zum Theil gehindert wird, weiter zu laufen; er kann auf dem Flußbette Anlagen machen, die den Lauf des Wassers hemmen; er kann das Ufer durchstechen und dadurch bewirken, daß das Wasser aus dem Fluß abläuft u. s. w. Hat dies nun die Folge, daß dem Nachbarn das Wasser nicht zu Theil wird, so entspringt dieser Nachtheil doch aus keiner unerlaubten Handlung des Nachbarn,

sondern bloß daher, daß er seines Rechts sich bedient hat, über seine Sache nach Willkühr zu verfügen, auf seinem Grundstück, wie es ihm gefällt, zu bauen und Anlagen aller Art zu machen. Er braucht gerade nicht zu sagen, in welcher Absicht er dergleichen Handlungen vornimmt und daß er eben darauf ausgeht, das Wasser sich ausschließlich beizulegen. Er kann sagen, das Wasser sey, getreu dem Gesetz der Natur, als er den Graben gezogen und das Ufer durchstochen, von selbst hineingelaufen; die Sache gehe ihn weiter nicht an; da es einmal da sey, bediene er sich desselben. Aber, wenn er das auch sagt, man kann es ihm doch nicht wehren; genug, daß er ein Recht hat, jene Anlagen zu machen, jenen Graben zu ziehen. Er hat nicht nöthig, solcher Handlungen, die aus seinem Eigenthum folgen, zum Besten seines Nachbarn sich zu enthalten. Er hat ja selbst dann ein Recht, Handlungen, die aus seinem Eigenthum folgen, auf seinem Grundstück vorzunehmen, wenn daraus die Folge entspringt, daß Wasser, welches das Grundstück des Nachbarn schon in sich schließt, ihm entzogen wird; wie viel mehr wird er zu Handlungen berechtigt sein, die das Wasser bloß hindern, zu dem Grundstück des Nachbarn hinzukommen und ihm bloß einen Vortheil entziehen, den er bisher genossen, worauf er aber kein Recht hat. Ja, will man dem Eigenthümer die Benutzung des Bachs, der über sein Grundstück fließt, nicht erlauben, so muß man ihm auch das Recht auf das kleinste Gerinne, was über seinen Acker läuft und am Ende auch ein Bach ist, absprechen. So wenig Jemand unrecht handelt, wenn er den Regenbach in seinem Lauf über sein Grundstück aufhält und ihn zwingt, auf seinem Grundstück zu bleiben, eben so wenig handelt er unrecht, wenn er

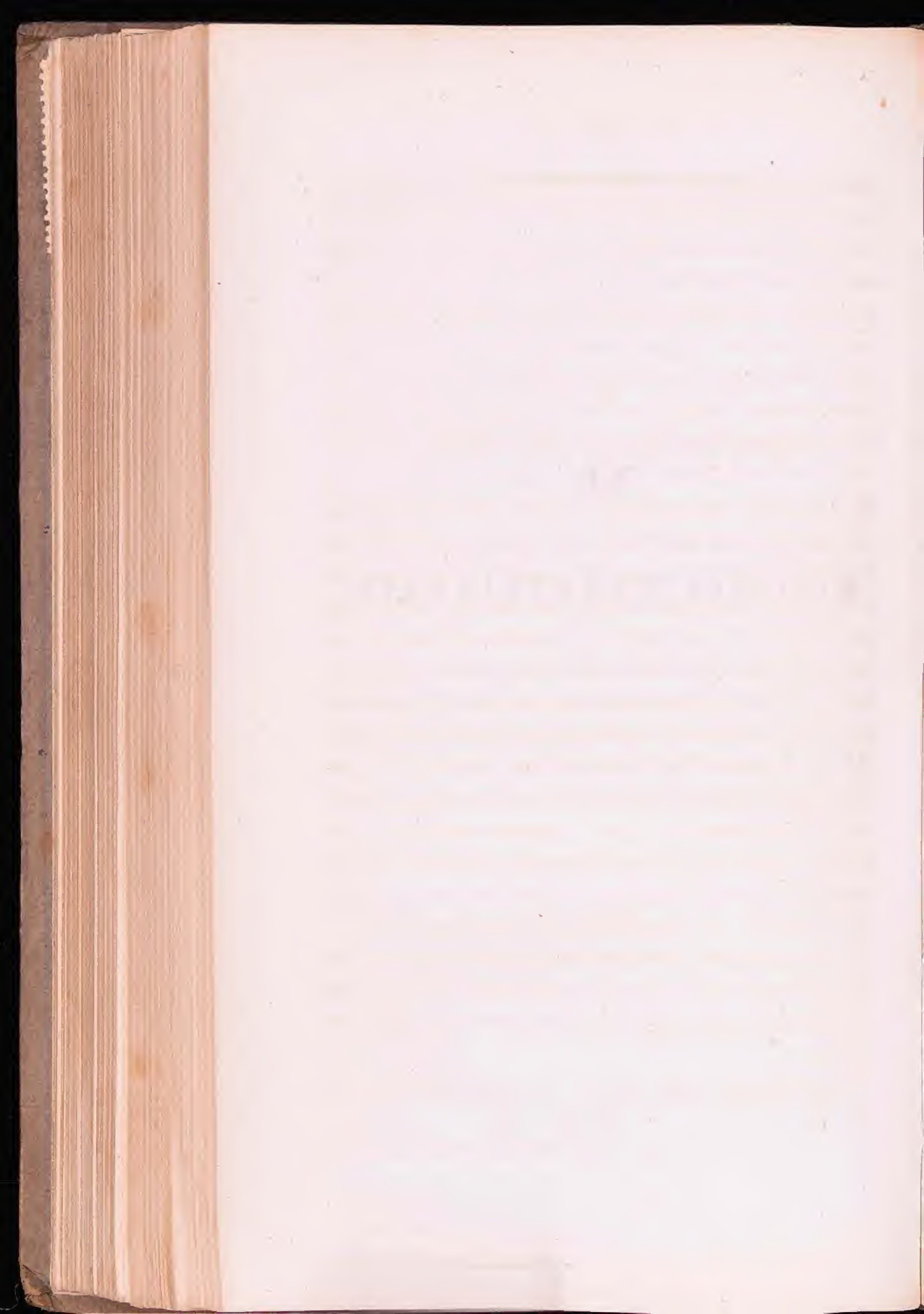
den Bach, der beständig fließt, mit Ausschluß des Nachbarn, sich zueignet.

Man muß — um mit einer ähnlichen Bemerkung, wie die Abhandlung selbst, also auch diesen Zusatz zu schließen — die Sache von dieser Seite betrachten: Wenn einmal die Bäche dem Privateigenthum überlassen sind, so hat der Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks auf das Wasser das erste Recht. Ihn hat die Natur durch die Lage seines Grundstücks mit dem Wasser zuerst beschenkt und was dem Eigenthümer des niedriger liegenden zufließt, fließt ihm zu durch die Güte des Nachbarn, als ein Geschenk aus der zweiten Hand, und er bedient sich desselben oder überläßt es dem etwa folgenden, je nachdem es ihm so oder anders gefällt. Keiner hat ein Recht, zu fordern, weil der Nachbar das Wasser bisher ungehindert oder unbenutzt laufen ließ, daß er es ferner also laufen und ihm zufließen lassen müsse; er kann auf diesen Wasserzufluß nie mit Sicherheit rechnen, und, will er Anlagen am Bach machen, welche auf die Fortdauer des Wasserzuflusses berechnet sind, muß er sich — es bleibt dabei — durch Vertrag sicher zu stellen suchen.



XI.

Kleinere Abhandlungen.



I.

Vom Bauen aus Aemulation.

Aemulatio ist das Bestreben, nicht gegen einen andern zurückzubleiben, es ihm wohl gar zuvorzuthun. Ob ein solches Bestreben löblich oder zu tadeln sei, das kömmt auf die Umstände, besonders darauf an, worauf es sich mit jenem Bestreben grade bezieht und woher es entspringt; im Allgemeinen aber wird, wenn von Aemulatio die Rede ist, von dem, was Sittliches oder Unsittliches in der Handlung liegen mag, abgesehen. Aber die Rechtsgelehrten gebrauchen den Ausdruck, um eine unsittliche Handlung dadurch zu bezeichnen, nämlich, wenn sie lehren, es sei nicht erlaubt, aus Aemulation zu bauen, verstehen sie darunter das Bestreben, einem andern aus Mißgunst zu schaden. So bemerkt Mevius [1]): Nemini permissum est ad aemulationem, invidiam aut injuriam alterius etiam in suo aedificare. Ebenso mit Stryck [2]), Friedrich von Pufendorf [3]): id demum in aemulationem factum videri, *quod cum injuria alterius et animo nocendi, non necessitatis vel*

---

[1]) Com. in jus Lub. lib. 3. tit 12. art. 7. no. 26.

[2]) de jure aemulationis c. 1. § 13.

[3]) obs. jur. un. tom. 4. obs. 263.

utilitatis propriae gratia fit vel quod fit non ut prosit mihi, sed ut alteri principaliter noceat. Der Rechtssatz hat, oder vielmehr **soll** haben, seinen Sitz hauptsächlich in der L. 3. pr. D. de oper. publ. und daher stammt ohne Zweifel auch der Ausdruck. Nebenher werden einige Stellen von geringerem Belange zur Unterstützung angeführt [4]).

Im Jahr 1703 ward unter dem Vorsitz des Thomasius zu Halle eine Dissertation vertheidigt, die folgenden Titel führt: Non — ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione. In dieser Dissertation stemmt Thomasius sich dem großen Haufen der Rechtsgelehrten mannhaft entgegen; er sucht zu erweisen, was der Titel verspricht, daß es nicht unerlaubt sei, aus Aemulation zu bauen und daß man gegen den Bauenden aus Aemulation nicht klagen könne.

Thomasius nimmt den Ausdruck in einer sehr weiten Bedeutung. Bauen aus Aemulation ist ihm überhaupt soviel, als Bauen mit dem Schaden eines andern. Er theilt sodann die Fälle, die hierher gerechnet werden können, in vier Classen und geht diese nach einander durch. Zur dritten Classe rechnet er, was die Rechtsgelehrten gewöhnlich unter Bauen aus Aemulation verstehen, nämlich Bauen ohne eigenen Nutzen, bloß zum Schaden eines andern.

Der Nachbar, bemerkt Thomasius, kann mir nicht wehren, auf meinem Gebiet zu seinem Schaden zu bauen, wenn ich auch die Absicht haben sollte, ihm dadurch zu schaden. Ihm steht keine Servitus gegen mich zu, folglich hat er kein dingliches Recht gegen mich und keine dingliche Klage; eben so wenig kann er gegen mich, der ihm nichts ver-

---

[4]) L. 38. D. de rei vind. cap. ult. de restit. spoliat.

sprochen, ex contractu, noch gegen mich, der nichts verbrochen hat, ex delicto klagen. Es ist zwar nicht zu billigen, wenn er in der Absicht baut, mir dadurch zu schaden; aber er verletzt doch nur die Pflichten der Menschenliebe gegen mich, keine Zwangspflichten; er handelt nur unsittlich, nicht ungerecht.

Sodann sucht Thomasius zu zeigen, daß die Gesetzstellen, worauf die von ihm bekämpfte gemeine Meinung sich stützt, unrichtig ausgelegt werden. Die Hauptstelle — L. 3. pr. D. de oper. publ. — lautet folgendermaßen: Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, *praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat,* vel materiam seditionis praebeat, vel circum, theatrum vel amphitheatrum sit. Die Stelle ist, nach Thomasius, nur auf öffentliche Anlagen (opera publica) zu beziehen, als von welchen in diesem Titel gehandelt wird. Dergleichen Anlagen dürfen, der Regel nach, ohne Erlaubniß des Fürsten aufgeführt werden. Es finden aber einige Ausnahmen von dieser Regel Statt und dahin gehört namentlich, wenn sie in der Absicht aufgeführt werden, um eine benachbarte Stadt, worin es ähnliche Anlagen giebt, zu übertreffen. In einem solchen Fall ist es jedoch nicht geradezu unerlaubt, ein dergleichen opus novum zu errichten; es darf nur nicht ohne Erlaubniß des Fürsten geschehen. Die Rechtsgelehrten haben hier also einen doppelten Fehler begangen. Einmal haben sie, was nur von öffentlichen Gebäuden und Anlagen gilt, auf Privatgebäude und Privatanlagen übertragen. Zweitens haben sie überhaupt für unerlaubt ausgegeben, was doch nur ohne Bewilligung des Fürsten nicht erlaubt ist.

Dies ist das Bedeutendste, was Thomasius gegen die gewöhnliche Theorie vorträgt.

Soviel ist klar, daß der ganze Rechtssatz vom verbotenen Bauen aus Aemulation nur durch ein ausdrückliches Gesetz aufrecht erhalten werden kann und daß er über den Haufen fallen muß, wenn die eben angeführte Gesetzstelle die einzige ist, die ihm zur Stütze dient. Es wird darin keinesweges der Rechtssatz aufgestellt, daß man ohne eigenen Nutzen, bloß in der Absicht, dem andern zu schaden, nicht bauen dürfe, sondern es soll, wie Thomasius richtig bemerkt hat, Privatpersonen nur nicht erlaubt sein, ohne Erlaubniß des Fürsten öffentliche Anlagen zu machen, wenn dies aus Aemulation gegen andre Städte geschieht[5]). Der Ausdruck soll an dieser Stelle, wie es mir scheint, überhaupt nichts weiter als das Bestreben andeuten, sich vor andern hervorzuthun. Dabei wird an das Moralische der Handlung gar nicht gedacht, sondern an die nachtheiligen Folgen, die es haben kann, wenn die Bewohner der Städte, aus Eifersucht gegen andre Städte, diese in Errichtung von Gebäuden oder andern kostbaren öffentlichen Anlagen zu überbieten suchen.

Indessen, wenn gleich diese Stelle nichts beweist, wenn gleich alles, was Thomasius gegen die gewöhnliche Lehre angeführt oder verschwiegen hat, allerdings dazu geeignet ist, sie umzustoßen, so bleibt sie dennoch vor der Hand aufrecht erhalten; es giebt nämlich einige andre Stellen, welche sie besser zu stützen, ihr besser das Wort zu reden scheinen. Ich wollte, daß sie weg wären, diese Stellen; aber sie lassen

---

[5]) Auf öffentliche Kosten neue Anlagen zu machen, ohne Erlaubniß des Fürsten, ist ohne Unterschied verboten. L. 3. § 1. D. eod.

sich in der That nicht so leicht, wie jene Stelle des Macer — L. 3. pr. de operibus publicis — bei Seite schieben. Außer mehreren Stellen von geringerem Belange gehört hierher besonders eine Aeußerung des Ulpianus oder vielmehr des von Ulpianus angeführten Marcellus, die L. 1. §. 12. D. de aqua et aquae pluviae arcendae actione [6]). Darnach darf der Eigenthümer auf seinem Gebiet graben, obgleich dies für den Nachbarn die Folge hat, daß seinem Brunnen das Wasser entzogen wird. Dem Nachbarn steht deshalb keine Klage zu, auch nicht die actio de dolo, vorausgesetzt, daß jener nicht in der Absicht, dem Nachbarn zu schaden, sondern nur seinen eigenen Acker zu verbessern, gegraben hat. Daraus scheint sich nun der allgemeine Grundsatz zu ergeben, zumal, wenn man noch einige andre Stellen hiermit zusammennimmt [7]), daß man keine Bauten oder Anlagen machen dürfe, wenn sie, ohne eigenen Nutzen, bloß zum Schaden oder Verdruß des Nachbarn gereichen sollen. Zwar kann man das nicht Bauen aus Aemulation nennen; denn die Absicht, dem andern zu schaden, kann andre Quellen haben, als Neid, Mißgunst; es kann Rachsucht, Menschenhaß, Bosheit u. s. w. dabei zum Grunde liegen; aber unerlaubt scheint es zu sein. In solchen Fällen würde nach dieser Stelle dem Nachbarn die actio de dolo zustehen, also eine Klage auf Entschädigung. Daraus folgt, daß die Handlung an sich unerlaubt, nicht bloß unsittlich, sondern widerrechtlich sei, denn sonst könnte sie keine Pflicht zur Entschädigung hervorbringen. Ist sie unerlaubt, so er-

---

[6]) S. meine Lehre vom Eigenthum S. 18.

[7]) L. 1. § 6. L. 2. § 9. de aqua et aquae pluviae arcendae actione Nov. 63. cap. 1.

giebt sich weiter von selbst, daß dem Nachbarn das Recht zustehe, sich dem Bau zu widersetzen, wenn er unternommen werden soll, und zu begehren, daß das Gebäude wieder weggeschafft werde, wenn er bereits ausgeführt ist. Im ersteren Fall wird zwar keine novi operis nunciatio *realis* möglich sein, daß aber gar keine zulässig sein sollte, wie Thomasius annimmt, möchte ich nicht behaupten. Wenn er an sich ein Recht hat, dem Nachbarn zu wehren, die neue Anlage zu machen; so steht es ihm auch frei, dem Bau außergerichtlich zu widersprechen oder bei Gericht einen Befehl auszuwirken, daß der Nachbar einstweilen davon abstehen soll. [8]). Ebenso würde kein Grund vorhanden seyn, weshalb er nicht, nach vollendetem Bau, des Interdicti quod vi aut clam sich bedienen könnte [9]).

Eine andre Frage ist es, ob Fälle dieser Art bei Gericht vorkommen, ob sie mit Erfolg klagbar gemacht werden, ob der hier zu führende Beweis werde geführt werden können?

Es wird der Fall wenigstens nicht leicht vorkommen, wenn Jemand baut oder Anlagen macht, daß man sagen könnte, dergleichen Bauten oder Anlagen hätten durchaus gar keinen Nutzen für ihn, er mache sie bloß dem Nachbarn zum Verdruß, schade also wissentlich sich selbst, bloß um dem andern zu schaden. Auf allen Fall würde Jemand,

[8]) L. 5. § 10. L. 21. pr. D. de operis novi nunc.

[9]) L. 1. § 2 et 4 L. 7. § fin. D. quod vi aut clam. L 1. § 4 et 11. D. de aqua et aquae pluv. arc. act. In Fällen, da das Interdict Statt findet, ist dieses nicht bloß auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes, sondern auch auf Schadenersatz gerichtet: L 15. § 7. 8. 12. D. Quod vi aut clam; es fällt folglich in solchen Fällen die actio doli weg, als welche nur in subsidium Statt findet. L. 1 § 4. sq. L. 3. 4. 7. § 3. D. L. 2. C. de dolo malo.

der einer solchen Handlung fähig wäre, kein Bedenken dabei finden, den bösen Vorsatz abzuläugnen, zumal er sich sagen müßte, daß durch das Geständniß sein Zweck vereitelt werden würde. Es würde also Beweis geführt werden müssen und dieser Beweis würde zwar nicht ganz unmöglich, aber sehr schwer sein. Es bemerkt Mevius (ad jus Lub. lib 3. tit. 12. art. 7. nr. 35.): Aemulationem allegans semper probare tenetur. Ea probatio absolvitur veresimilibus conjecturis, cum alias animus nocendi vix probari queat. Es könnte etwa sein, daß jener seinen Vorsatz außergerichtlich selbst verrathen hätte in Briefen oder gegen Zeugen, welches allein zur Führung des Beweises aber nicht hinlänglich sein würde; sondern es müßten noch andere Umstände hinzukommen und am Ende würde die Sache darauf hinauslaufen, daß dem Beklagten der Eid zuerkannt werden müßte, von dessen Leistung oder Verweigerung das Gelingen oder Mißlingen des mißlichen Beweises abhängen würde. Am Ende könnte es wohl geschehen, daß der Kläger, nach einer erfolglosen Klage, wegen der ihm zugefügten Beleidigung vom Beklagten mit einer erfolgreichen Wiederklage belangt würde.

II.

Ueber den Grundsatz des Römischen Rechts: Ne quid in alienum immittas, angewandt auf Dünste.

(Diese Abhandlung erschien bereits im Jahr 1829, im Anfange desselben, in der juristischen Zeitung, sie erscheint hier ohne allen Zusatz oder Verminderung, durchaus unverändert.)

Wir finden im römischen Recht nichts über die Frage, ob Jemand in der Nähe des Grundstücks seines Nachbarn eine latrina haben dürfe. Leyser [1]) scheint dies dadurch erklären zu wollen, daß er bemerkt, dergleichen Anstalten habe man in der Art, wie sie jetzt gebräuchlich sind, in dem alten Rom nicht nöthig gehabt, weil die *Cloacae*, über denen die Stadt gleichsam schwebte, Schlacken aller Art abgeführt hätten. Allein, dieser Grund würde doch nur für die Stadt Rom, nicht für das ganze römische Reich gelten; und also kann es wohl darin nicht liegen. Wahrscheinlich sind dergleichen Anstalten bei den alten Römern so eingerichtet gewesen, daß die Nachbarn dadurch nicht belästigt wurden, oder die alten Römer waren auch in dieser Hinsicht weniger empfindlich, wie wir, und glichen hierin den neuen. Wie es sich nun auch hiermit verhalten haben mag, so können wir jene Frage, wenn sie nicht gradezu im römischen Recht entschieden ist, doch aus den Grundsätzen desselben entscheiden.

Auf den ersten Anblick möchte es nun scheinen, dem Eigenthümer könne nicht gewehrt werden, auf seinem Grund-

---

[1]) spec. 107. med. 4.

stück eine Anstalt der Art an jeder Stelle, wo es ihm beliebt, anzulegen. Ihm gehört die Erdfläche und alles, was darunter und darüber ist; bis in den Mittelpunkt der Erde — und bis in den Himmel erstreckt sich sein Reich. Mit Freiheit herrscht er über sein Grundstück, darf es nach Gefallen benutzen, darauf bauen, so hoch er will, Anlagen machen, welche er will, u. s. w. Solange er sich damit auf seinem Gebiet hält, kann der Nachbar ihn daran nicht hindern, sollten auch nachtheilige Folgen für ihn daraus sich ergeben. Besonders scheint in Betrachtung zu kommen, was im römischen Recht zwar nicht ausdrücklich von der latrina, aber doch von einer ähnlichen Anstalt, die ebenfalls ein Behälter thierischer Schlacken ist, nämlich vom sterquilinio gelehrt wird. Wir können verlangen, daß der Nachbar, der sie neben unserer Mauer angelegt hat, sie wiederum wegnehme, wenn die Mauer dadurch feucht wird [2]). Daraus scheint zu folgen, daß wir ihm an sich nicht wehren können, eine Anstalt dieser Art — ein sterquilinium, und also auch eine latrina, — in der Nähe unsers Grundstücks anzulegen; nur so nahe darf er uns damit nicht kommen, oder sie nicht in der Art anlegen, daß unsere Mauer durch die Feuchtigkeit Schaden leidet. Oder, um es noch genauer zu sagen, wir haben ein jus prohibendi gegen ihn, wenn durch eine Anstalt auf seinem Gebiet unserm Grund-

[2]) *L. 17. § 2. D. si serv. vind.* Secundum cujus parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, *ut sterculinum tolleret?* Respondi, si in loco publico id fecisset, per Interdictum cogi posse: sed, si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.

stück die dort gesammelte Feuchtigkeit mitgetheilt wird. Andre und bloß unangenehme Folgen, die aus der Nähe einer solchen Anstalt hervorgehen, scheinen nicht in Betrachtung zu kommen. Wirklich wird dieses auch von einigen Rechtsgelehrten behauptet, namentlich von Carpzov [3]). Hingegen behauptet Stryck [4]), es sey dem Eigenthümer überhaupt nicht erlaubt, in der Nähe des nachbarlichen Grundstücks eine latrina anzulegen und sucht dies dadurch zu beweisen, daß er sich auf jenen Grundsatz des römischen Rechts beruft, den man kurz so ausdrücken kann: *Ne quid in alienum immittas.* Leyser stimmt ihm gegen Carpzov bei und bemerkt überdies, wenn eine latrina einmal von Alters her an dieser Stelle gestanden habe, dann dürfe der Eigenthümer sie, wenn sie verfallen, an dieser Stelle wieder aufführen, nur müsse sie doch immer so eingerichtet werden, daß die Feuchtigkeit nicht nach dem Grundstück des Nachbarn, z. B. in seinen Keller, eindringen könne. Nam si, exstructa jam latrina, appareat, per eam damnum reale vicino inferri, cogi potest dominus, ut illam tollat. L. 17. § 2. D. si serv. vind [5]). — Die Meinung von Stryck und Leyser halte ich für völlig gegründet.

Ulpian lehrt: In suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat [6]). Es fragt sich also, ob die Gründung einer Anstalt der vorher angeführten Art, wodurch die Luft über dem Gebiet des Nachbarn mit Dünsten geschwängert wird, die den Geruchsnerven beschwerlich und

[3]) Decis. 108. S. auch Allgemeine juristische Zeitung vom Jahr 1828. Nr. 117.

[4]) de jure sensuum diss. 5. cap. 3. nr. 18 sq.

[5]) S. *Leyser* c. l.

[6]) L. 8. § 5. D. si serv. vind.

und der Gesundheit nachtheilig sind, ein *Immittere* in sich schließe.

Bei der Frage, ob dieses oder jenes Immittere sei, kann es nicht darauf ankommen, ob das, was von dem einen Grundstück auf das andre hinübergeht, von feinerem oder gröberem Stoff, ob es sichtbar oder unsichtbar ist. Selbst das kann keinen Unterschied machen, ob es mit Absicht nach dem Grundstück des Nachbarn geführt, dahin geleitet oder abgeleitet, ihm die Richtung nach dem Grundstück des Nachbarn gegeben, ihm gleichsam der Weg dahin gewiesen oder es auf den Weg dahin gebracht wird — oder, ob eine Anstalt gegründet wird, wodurch es sich von selbst nach dem Grundstück des Nachbarn verbreitet. Immittere ist auch das Letztere; Immittere ist überhaupt jede positive Thätigkeit, welche macht, daß ein fremder Körper, von wie grobem oder feinem Stoff er seyn mag, auf das Gebiet oder in den Luftkreis des Nachbarn zum Schaden desselben, eindringt.

Keineswegs ist das Immittere bloß auf Rauch oder Wasser (Immissio *fumi* aut *aquae*) und noch weniger auf ein Hinleiten von Rauch oder Wasser nach dem Grundstück des Nachbarn z. B. durch Röhren oder Rinnen zu beziehen [7]); zu einer solchen beschränkenden Auslegung der hieher gehörigen Stellen des römischen Rechts fehlt es an einem hinlänglichen Grunde. Wenn gleich das Immittere besonders bei den angeführten Dingen vorkommt und auf die angeführte Art, nämlich beim Hinleiten, am Stärksten in die Augen fällt, kann es doch auch bei andern Dingen und auf andre Weise geschehen. Immittere ist es auch z. B.,

---

[7]) wie in dem angeführten Aufsatz der juristischen Zeitung geschieht.

wenn Jemand auf seinem Gebiet Steine behauen läßt und Bruchstücke nach dem nachbarlichen hinüberfliegen [8]) — wenn das Wasser gestau't und dadurch genöthigt wird, auf das Grundstück des Nachbarn überzufließen [9]) — wenn auch nur Weidengebüsch gepflanzt wird, wodurch das Wasser, gehindert, seinem natürlichen Lauf zu folgen, auf das Grundstück des Nachbarn sich ergießt [10]) — wenn dem Wasser, was von Natur auf das Grundstück des Nachbarn abfließt, Dinge z. B. garstige (spurca) mitgegeben und also dem Nachbarn zugeschickt werden [11]). Ebenso haben wir nicht nöthig, zu leiden, daß die Mauer des Nachbarn nach unsrer Seite überweicht und können schon, wenn es um die Breite eines halben Fußes ist, verlangen, daß sie wieder grade gemacht werde [12]). Auch dies Ueberweichen und überhaupt alles *Projicere* kann zur Immissio gerechnet werden. Zur Immissio kann es auch gerechnet werden und nur unter diesem Gesichtspunkt unerlaubt sein, wenn der Eigenthümer auf seinem Gebiet ein sterquilinium anlegt, wovon die an dieser Stelle gesammelte Feuchtigkeit in das Grundstück des Nachbarn eindringt und die Mauer feucht macht. Es ist dies eine Seitenbewegung der hier gesammelten Feuchtigkeiten nach dem Grundstück des Nachbarn, in Folge der Handlung des andern, also ein Immittere. Zur Immissio gehört es, wenn Dünste aus unserm Badehause auf das Gebiet des Nachbarn geleitet werden [13]). Zur Immissio gehört es, wenn Rauch aus dem Gebiet des Nachbarn in unser höher liegendes Grundstück steigt [14]).

---

[8]) L. 8. § 5 et 6. D. si serv. vind.

[9]) L. 1. § 1. D. de aqua et aquae pluviae arc. act.

[10]) L. 1. § 6. D. eod.

[11]) L. 3. D. eod.

[12]) L. 17. pr. D. si serv. vind.

[13]) L. 8. § 7. D. si serv. vind.

[14]) L. 8. §. 5. D. eod.

Vom Rauch bemerkt ein neuerer Schriftsteller, es sei nicht Immissio, wenn Rauch nicht durch Röhren, einen angelegten Rauchfang oder Zug, überhaupt wenn er nicht künstlich auf des Nachbarn Gebäude (Gebiet?) geleitet, sondern durch den Wind dahin getrieben wird [15]). Insofern nicht die Rede ist von einem grade aufsteigenden Rauch, sondern von einem sich nach der Seite, wo der Nachbar wohnt, verbreitenden, möchte man geneigt sein, dieser Behauptung beizustimmen; sie scheint bestätigt zu werden durch das Schweigen des römischen Rechts, welches nur sagt, es sei nicht erlaubt, Rauch zu verbreiten *in superiora aedificia* [16]), woraus dann zu folgen scheint, daß es nicht Immittere sei, wenn Rauch nicht in Gebäude steigt, die über dem Grundstück liegen, woselbst das Feuer angefacht wird, sondern in solche, welche neben demselben belegen sind. Man könnte sagen, nicht die Handlung des Nachbarn — die Erregung des Feuers und Rauchs — sondern eine vermittelnde Ursache, nämlich die bewegte Luft, sei es, die dem Nachbarn den Rauch zuführe, indem sie die Richtung des von Natur grade aufsteigenden verändere.

Und grade eben so scheint es sich nun mit den Dünsten zu verhalten, welche z. B. von verwesenden Pflanzen oder thierischen Schlacken sich ablösen und, indem sie die Nerven der Nase reizen, den Geruch verursachen. Es scheint, daß es keine nothwendige Folge ist, sondern bloß zufällig geschieht, wenn sie sich aus der latrina nach dem Grundstück des Nachbarn hin verbreiten.

---

[15]) Bülow und Hagemann pract. Erörterungen Bd. 7. Erört. 127. S. 385.

[16]) L. 8. § 5. D. si serv. vind.

Allein, nicht zu gedenken, daß die bloße Mitwirkung der Naturkräfte, zumal eine so gewöhnliche, als die Bewegung in der Luft ist, wol immer auf Rechnung desjenigen zu setzen seyn würde, der den Rauch oder die Dünste erregt, die ohne seine vorhergehende Handlung dem Nachbarn vom Winde nicht zugeführt werden könnten, beruht es auch mit jener Meinung auf unrichtiger Voraussetzung. Der Rauch, und noch mehr jene andern Dünste, steigen nicht bloß in die Höhe, sondern breiten sich auch (nach Verschiedenheit des Stoffs und der jedesmaligen Luftbeschaffenheit, mehr oder weniger) nach den Seiten aus, ohne vom Winde dahin geführt zu werden, wie z. B. deutlich daraus erhellet, daß in einem Zimmer, wo die Luft stille steht, z. B. eine blühende Reseda oder Hyazinthe oder ein angezündetes Räucherkerzchen auf der Stelle das ganze Zimmer mit Wolgeruch erfüllt. Und wer im Sommer in einen blühenden Garten tritt, empfindet, selbst bei stiller Luft, den Geruch der Rosen, Lilien, Nelken u. s. w., auch da, wo sie nicht stehen und schon beim Eingange in den Garten. Ebenso finden wir, daß in gewissen Gegenden Fieber und bösartige Krankheiten einheimisch sind, weil Sümpfe oder stehende Gewässer in der Nähe sind, welches dann nur dadurch erklärt werden kann, daß die Dünste, die von jenen Gewässern aufsteigen, sich nach den Seiten hin ausbreiten. Der Rauch steigt aber gewöhnlich und hauptsächlich aufwärts und wird den Nachbarn, der an der Seite wohnt, nur selten so sehr oder so anhaltend belästigen, daß dieser bei Gericht darüber klagen sollte; indessen folgt daraus, daß im römischen Recht nur dem Besitzer eines höher liegenden Grundstücks, dem das Zuströmen des Rauchs ganz unausstehlich werden kann, ein jus prohibendi ausdrücklich beigelegt wird, nicht, daß für

den nebenan wohnenden Nachbarn ein solches gar nicht möglich sein sollte. Höher liegende Gebäude will hier überhaupt nur solche andeuten, die wegen ihrer Lage der Beschwerde des Rauchs mehr ausgesetzt sind. An solche, welche grade über dem Rauch verbreitenden Grundstück liegen, so, daß sie dasselbe bedecken, ist dabei wol eben nicht zu denken. Und selbst bei einer solchen Lage könnte der Rauch, in seiner grade aufsteigenden Richtung durch dasselbe unterbrochen, immer nur von der Seite in das höher liegende Gebäude eindringen.

So wenig wir nun nöthig haben, zu leiden, daß der Nachbar Anstalten macht, wodurch er uns Wasser zuschickt, oder Badedünste oder Rauch u. s. w., eben so wenig haben wir nöthig, zu leiden, daß er die Luft auf unserm Gebiet mit bösen verpesteten Dünsten anfüllt. Ja, diese Beschwerde ist nicht nur eben so groß; sie ist noch viel größer und unerträglicher, wie jede andre, und wenn einer gefragt würde, ob er lieber wolle, daß Wasser von des Nachbarn Grundstück auf das seinige überfließe, was sich leicht bei Seite führen läßt, oder, ob er wolle, daß das Luftmeer über seinem Garten mit den Dünsten überschwemmt werde, die z. B. an warmen Sommertagen aus einem in der Nähe befindlichen s. v. Schweinekoben sich verbreiten und, als wären sie graden Weges aus der Hölle gekommen, den Besitzer zur schleunigen Flucht nöthigen; — so wird wol Niemand lange anstehen, unter diesen beiden Uebeln das erstere, als das kleinere, zu erwählen. Man muß sich nur nicht dadurch irre machen lassen, daß diese Dünste fein und unsichtbar sind; deshalb sind sie nicht minder da; von des Nachbarn Hofe durch Handlungen desselben herübergekommen, also uns zugeschickt, geben sie ihre Anwesenheit durch den Geruch sehr fühlbar

zu erkennen. Daß sie von der Seite eingedrungen sind, kann auch nicht in Betrachtung kommen. Diese Seitenbewegung der Dünste liegt eben so sehr in der Natur und ist eine eben so nothwendige Folge der Handlung des Nachbarn, als die Seitenbewegung des Wassers oder das grade Aufsteigen des Rauchs. In allen Fällen handelt der Nachbar unerlaubt, indem er eine schädliche Wirkung hervorbringt, die sich nicht auf seinen Boden oder Luftkreis beschränkt, sondern auf den fremden hinübergeht. So wenig Jemand auf fremdem Gebiet z. B. Rauch erregen oder Dünste aufsteigen lassen darf, eben so wenig darf er es auf seinem eignen, insofern die Wirkungen sich auf das fremde erstrecken. Auch macht es keinen Unterschied, ob die Dünste nach dem Hofe des Nachbarn geleitet werden oder sich von selbst dahin verbreiten. Es kann dem Nachbarn nicht erlaubt sein, eine latrina z. B. auf der Gränze und in der Art anzulegen, daß den Dünsten, während ihnen nach andern Seiten der Ausgang versperrt wird, nur nach der Seite des Nachbarn ein solcher offen bleibt; es kann ihm aber auch dies nicht frei stehen, dieselbe in solcher Nähe und Einrichtung zu haben, daß die Luft auf dem Gebiet des Nachbarn dadurch verderbt wird. In jenem Fall tritt das Unrecht nur mehr hervor und ist größer und schädlicher; vorhanden ist es auch in diesem.

Der Einwurf, der hier gemacht werden könnte, daß die römischen Gesetze beim sterquilinio Rücksicht darauf nehmen, ob die Mauer dadurch feucht wird, ist leicht zu widerlegen. Die Nähe einer solchen Anstalt, die, außer den Schlacken von Thieren, großentheils mit Stroh u. s. w. angefüllt ist und, der freien Luft ausgesetzt, die schädlichen Dünste eher absetzt, ist lange nicht so beschwerlich und auch wol der

Gesundheit nicht so nachtheilig, wie eine latrina. Wir finden ja, daß die Düngergrube auf dem Hofe des Landmanns vor seiner Wohnung, unter seinem Fenster liegt, ohne daß er dadurch besonders belästigt wird. Auch wäre es ein sehr gewagter Schluß, wenn man annehmen wollte, weil man sich nach einer Stelle des römischen Rechts beschweren kann, wenn die Mauer von dem nahen sterquilinio des Nachbarn feucht wird, folglich könne man sich nicht beschweren, wenn die Luft dadurch verpestet wird. In jenem Rechtsfall war es grade die Feuchtigkeit der Mauer, die dem Besitzer zur Beschwerde Veranlassung gab.

Was hier entscheidet, ist, daß die Gründung einer latrina, woraus sich schädliche Dünste entwickeln, ein Immittere in sich schließt. Kann dies nicht bestritten werden, so folgt sodann von selbst, daß der Grundsatz des römischen Rechts: In suo cuique hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, hier zur Anwendung kommen müsse, wenn auch die römischen Rechtsgelehrten die Anwendung davon auf diesen besondern Fall nicht gemacht, ja wenn sie auch z. B. wegen mangelhafter physicalischer Kenntnisse, was wir jedoch nicht wissen können, geglaubt haben sollten, hier sey kein Immittere. Indessen finden wir eine Stelle im römischen Recht, woraus erhellet, daß Niemanden erlaubt sey, an öffentlichen Plätzen die Luft zu verderben [17]). Jeder aus dem Volk kann darüber Klage erheben und Abstellung dieser Beschwerde fordern. Welches dann wol zu Hülfe genommen werden mag, um daraus zu schließen, daß, wenn Jemand, dem als Mitglied der Gemeinheit bloß ein Recht

---

[17]) *L. 2. § 19. D. Ne quid in loco publ.* Idem ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re, de ea Interdicto uti.

zusteht, einen Platz mitzubenutzen, einem Dritten wehren kann, die Luft auf diesem Platz zu verderben, auch dem Eigenthümer, dem auf seinem eigenthümlichen Grundstücke ein Andrer die Luft verderben will, ein jus prohibendi zustehe, und daß wenigstens das Verderben der Luft im römischen Recht als eine Beschwerde angesehen wird, wogegen gerichtlicher Schutz gewährt wird. —

Wir haben also ein jus prohibendi gegen den Nachbarn, vermöge dessen wir ihm wehren können, Anstalten auf seinem Gebiet zu haben, wodurch böse, schädliche Dünste in unsern Luftkreis kommen und dieses Recht entspringt aus unserm Eigenthum.

Aber gesetzt, die Frage wäre zu verneinen, so würde damit noch nichts weiter ausgemittelt sein, als daß wir, vermöge unsers Eigenthumsrechts, den Nachbarn nicht hindern können, eine dergleichen Anstalt in suo zu haben. Und es wäre damit noch immer nicht gesagt, daß nicht, aus Vorsorge für die Gesundheit der Menschen, die Obrigkeit schon von Amtswegen darauf Bedacht nehmen müsse, daß dergleichen Anstalten keine giftigen Dünste nach menschlichen Wohnungen hin aushauchen können. Billig müssen alle dergleichen Anstalten nicht bloß in solcher Entfernung, sondern überhaupt in der Art angelegt werden, daß kein Mensch dadurch Schaden an seiner Gesundheit leide und besonders der Nachbar dadurch nicht belästigt werde. Es darf weder seine Mauer dadurch Schaden leiden, noch überhaupt die Feuchtigkeit nach seinem Grundstück hindringen; es darf aber auch nicht die Luft über dem Grundstück des Nachbarn, in seinem Garten, Hof u. s. w. durch die Ausdünstung geschwängert, verderbt, verpestet werden. Von allem dem kann man wol sagen, es sey nach unsern Grund-

säßen einer guten Polizei entgegen und es gebühre der Obrigkeit, hier ex officio einzuschreiten. Ad curam magistratus hoc pertinet, pflegen wol bei andrer Gelegenheit die Römer zu sagen.

Manche statutarische Bestimmungen stellen fest, wie weit dergleichen Anstalten vom Grundstück des Nachbarn entfernt bleiben müssen. So will z. B. das Lübische Statut [18]), daß sie 5 Fuß von öffentlichen Straßen und Plätzen und 3 Fuß vom Grundstück des Nachbarn abstehen sollen. Ob es aber an dem bloßen Abstande in einer bestimmten Entfernung, und besonders in dieser, allein genug seyn, ob dieser Raum bloß gegen den Andrang von Feuchtigkeiten oder auch gegen Luftverderbniß schützen könne und vielleicht auch für jenen Zweck noch nicht hinlänglich sey; das alles will ich den Sachverständigen zur Beurtheilung überlassen. Gesetz und Obrigkeit können hier um so eher einschreiten und der Unverschämtheit der Menschen, welche die ekelhaften Ausdünstungen ihrer thierischen Schlacken soviel als möglich von sich zu wehren und ihren Nachbaren zuzuwenden geneigt sind, in den Weg treten, als dasselbe Gesetz, was dem Nachbarn gegen den Nachbarn hinderlich ist, ihm auch wieder gegen den Nachbarn zu Gute kommt. Ich gehe soweit, daß ich behaupte, in Fällen dieser Art müsse ein guter Gesetzgeber selbst Verjährung und überhaupt Dienstbarkeit nimmermehr dulden.

---

[18]) Buch 3. Tit. 12. Art. 1.

III.

Ueber die Stückzahlung.

Bekanntlich gebührt es dem Schuldner, die ganze Schuld auf einmal abzutragen und der Gläubiger hat nicht nöthig, eine Stückzahlung anzunehmen. An der Wahrheit dieses Satzes hat noch Niemand, außer, von Vinnius widerlegt [1]), Alciati gezweifelt. Weniger ausgemacht, als der Satz, ist der Grund, worauf er beruht, sind die Stellen des römischen Rechts, wodurch er bewiesen werden kann, sind die Ausnahmen, die von der Regel zu machen seyn möchten.

Doneau lehrt, auf eben die Art, wie sie entstanden ist, müsse die Verbindlichkeit getilgt werden; und dieses sey einer bekannten Rechtsregel gemäß [2]). Jede Verbindlichkeit werde ursprünglich in der Art errichtet, daß der Schuldner, was er aus der Verbindlichkeit schuldig wird, alles auf einmal schuldig werde; folglich müsse auch alles auf einmal bezahlt werden. Wiederum gebe es eine andre Rechtsregel, wornach der Gläubiger, wenn ihm die Zahlung auf andre Art oder in aliam formam, als er sie zu fordern habe, angeboten werde, nicht nöthig habe, die Zahlung anzunehmen, im Fall ihm nämlich dadurch ein Nachtheil erwachse. Denn Paulus lehre [3]): Debitorem non esse cogendum, in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit. Auch diese Regel werde verletzt, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Stückzahlung aufdrin-

---

[1]) ad pr. I. quibus modis toll. obl. nr. 4. sq.

[2]) *L.* 35. *D. de reg. jur.* Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

[3]) L. 99. D. de solut.

gen wolle, indem eine Zahlung dieser Art nicht geringen Nachtheil für den Gläubiger mit sich führe [4]). Dieselbe Ansicht, wie Doneau, hegt auch Merille. Er drückt sich nur etwas kürzer aus. Ratio est, bemerkt Merille, quod solutio eodem modo fieri debeat, quo obligatio contracta est et quia minus commoda esset creditori per partes facta solutio [5]). Eben dies lehrt Vinnius [6]) — und Wilhelm Barclay [7]).

Das Einzige, was von allem dem hieher gehört, ist die Bemerkung, daß eine Stückzahlung dem Gläubiger zum Nachtheil gereicht. Allerdings ist es dem Gläubiger gewöhnlich nachtheilig, wenn er das, was er zu fordern hat, in kleinere Theile zersplittert, nur nach und nach in Händen erhält [8]). Aber dieses kann hier doch nur nebenher in Betrachtung kommen. Denn, wiewol es ihm nachtheilig ist, würde er es sich gefallen lassen müssen, wenn der Schuldner an sich berechtigt wäre, die Zahlung theilweise zu leisten. Daß er es nicht sey, beweisen die angeführten beiden Rechtsregeln nicht. Beide werden hier ganz am unrechten Ort angewandt. Die erste, welche gar nicht den Namen einer Rechtsregel verdient, ist eine Bemerkung, die bloß das wissenschaftliche Gebäude angeht und sich gar nicht auf die Zahlung, sondern auf die Verträge und deren Wiederaufhebung bezieht. Die zweite gehört vollends nicht hieher. Denn sie lehrt bloß, der Gläubiger habe nicht nöthig, die Zahlung in andern Münzsorten anzunehmen.

---

[4]) *Donell.* Com. jur. civ. lib. 16. cap. 11. § 16.

[5]) *Merill.* ad l. 21. D. de rebus cred. (*Otto* thesaurus tom. 3. p. 676.)

[6]) c. 1.

[7]) ad l. 21. D. de rebus cred. (*Otto* thesaurus tom. 3. p. 865.)

[8]) *L.* 3. *D. fam. ercisc.* — Saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet. —

Der wahre Grund, weshalb der Gläubiger nicht nöthig hat, eine Stückzahlung anzunehmen, liegt, nach meinem Ermessen, in der Verschiedenheit des Objects, nämlich des Objects der Zahlung von dem Object der Verbindlichkeit. Wer weniger zahlt, der zahlt etwas Anderes, als was er schuldig ist; es geschieht von seiner Seite nicht das, wozu er sich verbindlich gemacht hat. Hingegen auf den Ursprung der Verbindlichkeit kann es hier gar nicht ankommen. Es wird zwar in manchen Fällen billig erscheinen, daß der Gläubiger, der z. B. das Darlehn in seiner ganzen Größe auf einmal dem Schuldner hingegeben, es auch auf einmal zurückerhält. Aber hätte er es auch nach und nach hingegeben, so würde er es auf einmal wiederfordern können, insofern es als Ein Darlehn, wenigstens als Eine Schuld, anzusehen wäre, indem z. B. die verschiedenen einzelnen Zahlungen zusammengerechnet wären und der Schuldner sich verbindlich gemacht hätte, den Gesammtbetrag zu einer bestimmten Frist zu bezahlen. Ja, wenn der Schuldner gar nichts empfangen und dem Gläubiger die schuldige Summe z. B. geschenkt hätte, würde dieser die Zahlung des Ganzen auf einmal begehren können. Man wird einwenden, die ganze Verbindlichkeit sey dann auf einmal entstanden und müsse auf eben die Art, nämlich ganz, wiederum getilgt werden. Allein, wir dürfen doch immer nicht auf den Ursprung zurückgehen, um jenen Satz zu rechtfertigen, sondern nur die Verbindlichkeit selbst in Betrachtung ziehen. Die Verbindlichkeit, die auf das Ganze gerichtet ist, kann auch nur durch Bezahlung des Ganzen erfüllt werden, es sei denn, daß der Gläubiger davon zufrieden ist, daß während die Verbindlichkeit es nicht ist, die Zahlung getheilt werde. Der Schuldner, der z. B.

dem Gläubiger 1000 Rthlr. ex mutuo schuldig ist, erfüllt die Verbindlichkeit nicht, wenn er 500 Rthlr. bezahlt. Er erfüllt sie nicht das erste Mal, da er 500 Rthlr. bezahlt und nicht das zweite Mal, da er die übrigen 500 Rthlr. nachbezahlt. Selbst wenn der Schuldner davon zufrieden ist, erfüllt er die Verbindlichkeit, wie sie ist, nicht; sondern der Gläubiger läßt es sich bloß gefallen, daß die Verbindlichkeit nicht erfüllt wird. Der Gläubiger kann also die 500 Rthlr. zurückweisen und hat nicht nöthig, sich wegen der fehlenden 500 Rthlr. auf eine andre Zeit vertrösten zu lassen. Er braucht die Gründe seiner Weigerung nicht näher anzugeben; er braucht nicht zu sagen, wie nachtheilig ihm die Zersplitterung des Ganzen in der Zahlung sei; vielleicht ist sie es in diesem Fall gar nicht und seine Weigerung ist doch rechtlich begründet; er kann sich begnügen, zu sagen, ich habe nicht 500 sondern 1000 Rthlr. zu fordern; was Du mir anbietest, ist nicht hinlänglich, Deine Verbindlichkeit zu tilgen. Indem Du mir 500 anbietest, bist Du nicht bereit, zu zahlen, was Du mir schuldig bist, oder Deiner Verbindlichkeit, wie sie ist, Dich zu entledigen [9]). —

Nun von den Stellen, wodurch bewiesen wird, der Gläubiger habe nicht nöthig, eine Stückzahlung anzunehmen. Die Rechtsgelehrten pflegen deren mehrere anzuführen; der eine diese, der andre jene. Ueberhaupt scheinen nur folgende hieher zu gehören:

1. *L.* 13. § 8. *D. de act. emti*

Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur: et ideo et si pretii partem offerat, nondum

---

[9]) Mit Recht bemerkt auch Wilhelm Barclay: Non offert pecuniam petitam, qui partem tantum offert. *Guilielmus Barclayus ad l.* 21. *D. de rebus cred.* (Otto thesaurus tom. 3. p. 866.)

est ex empto actio. Venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit.

2. *L.* 19. *D. de pign.*

Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur.

3. *L.* 4. § 6. *D. de statu lib.*

Item si *decem heredi dare* jussus fuerit: heres etiam per partes accipere, favore libertatis cogendus est.

4. *L.* 41. § 1. *D. de usuris.*

Lucius Titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam, quam debebat, obsignavit: Quaero, an Titius pecuniae quam obsignavit, usuras praestare non debeat? Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, *uti liceret et particulatim (quod acceptum est) exsolvere*: non retardari totius debiti usurarum praestationem, si cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit. [10])

Im Grunde bedarf der angeführte Satz keines Beweises, sondern nur einer Bestätigung durch die Gesetze, und diese ist nun auch in jenen Stellen enthalten. Keine spricht ihn ausdrücklich aus, sondern er wird darin als ein sich von selbst verstehender zum Grunde gelegt. Besonders kann schon die zuerst angeführte Stelle dazu dienen, nicht nur den Satz selbst zu bestätigen, sondern auch den angegebenen Grund, worauf er beruht. —

[10]) Auch L. 5. § 1. D. de solut. führt Barclay a. a. O. dafür an. Und Doneau die L. 9. C. de solut. Dieser will aber, aus unerheblichen Gründen, andern Gesetzstellen, namentlich der L. 41. § 1. D. de usuris, keine Beweiskraft in dieser Sache zugestehen.

Man pflegt den Satz, der Gläubiger hat nicht nöthig, eine Stückzahlung anzunehmen, nur als Regel gelten zu lassen, und drei oder vier Ausnahmen von dieser Regel zuzulassen. Allein, von allen dreien oder vieren kann kaum eine für gültig anerkannt werden.

1. Die erste Ausnahme ist, wenn das, was Jemand zu fordern hat, aus mehreren verschiedenen Forderungen besteht. Dann kann er freilich nicht begehren, daß alle diese Forderungen auf einmal befriedigt werden; wenigstens kann er, wenn sie etwa zufällig zu gleicher Zeit fällig wären, die Annahme der Zahlung der einen nicht aus dem Grunde verweigern, weil nicht die andern zugleich bezahlt werden. Dieses versteht sich von selbst, ist aber keine Ausnahme von der Regel. Die Regel begreift Fälle dieser Art gar nicht unter sich; sie bezieht sich nicht auf Fälle, da der Schuldner Schulden, sondern nur auf den Fall, da er die Schuld theilweise abtragen will. Kurz, sie setzt Einheit der Schuld voraus [11]).

Hellfeld lehrt, eine bei einem Kaufmann nach und nach entstandene Waarenschuld könne nicht als eine, aus verschiedenen Pösten bestehende, Schuld angesehen werden und der Kaufmann die Bezahlung der ganzen Schuld auf einmal fordern [12]). Höpfner [13]) stimmt ihm bei und fügt als Grund hinzu, der Kaufmann borge hier nicht in der Absicht,

---

[11]) *L.* 15. *D. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.* Primi creditoris, qui pignori praedia acceperat, et posterioris, cui quidam ex iisdem fundis dati erant, ad eandem personam hereditas devenerat; debitor offerebat quantum a posteriore creditore mutuatus fuerat. Respondit, cogendum accipere *salvo jure pignoris prioris contractus.*

[12]) Jurispr. for. § 1928.

[13]) Com. über die Institutionen. § 9076.

Stückzahlung anzunehmen. Hellfeld hat ja schon in den Worten, eine Schuld dieser Art bestehe nicht aus verschiedenen Schuldpösten, den Grund angegeben, und Höpfner, der diese Worte wiederholt, hätte also nicht nöthig gehabt, einen hinzuzufügen, der nun als Grund für einen Grund, nach der Art, wie Höpfner sich ausdrückt, dasteht, und als solcher gar keinen Sinn hat. Soll es ein andrer oder ein Nebengrund seyn, wofür er doch nicht gegeben wird, so ist viel daran auszusetzen, unter andern schon, daß der Kaufmann an die Art der Zahlung gar nicht denkt und sein bloßes Denken ohnehin nicht sonderlich in Betrachtung kommen würde. Was den von Hellfeld angeführten Grund betrifft, so fehlt diesem nichts, als der Beweis. Wenn der Kaufmann verschiedene Waaren verkauft und der Preis nicht etwa für alle zusammen bedungen wird, sind es soviel Kaufcontracte, als Waaren, und vollends, wenn diese zu verschiedenen Zeiten verkauft werden.

2. Wenn der Schuldner gestorben ist und mehrere Erben hinterlassen hat. Auch diese Ausnahme ist nur scheinbar. Denn unter den Miterben ist die Schuld des Erblassers durchs Gesetz selbst getheilt und jeder hat nur nöthig, seinen verhältnißmäßigen Theil der Schuld zu zahlen. Es fehlt auch hier an der Einheit der Forderung, die zwar ursprünglich vorhanden war, aber jetzt durch den Tod und die gesetzliche Theilung gestört ist.

3. Manche lehren, wer ohne seine Schuld in Verfall seines Vermögens gerathen sey, dem stehe die Wohlthat zu, die Schuld nur nach und nach oder in gewissen Terminen tilgen zu dürfen. Es ist unbegreiflich, wie einer, der das Gesetz gelesen hat, worauf sich diese Meinung gründet, so etwas lehren kann. Dies

Gesetz

Gesetz — der Reichsabschied von 1654 §. 174. — bezog sich bloß auf die damalige Zeit. Es war ein vorübergehendes und ist längst vorübergegangen; denn ausdrücklich ist ein Zeitraum von zehn (drei und sieben) Jahren für die Dauer des Beneficii im Gesetz vorgeschrieben. Mit dieser Ausnahme ist es also ebenfalls nichts. Endlich

4. wenn nur ein Theil der Schuld im Klaren, ein andrer es nicht ist. Schon Doneau hat sich gegen diese Ausnahme, wiewol vergebens, aufgelehnt. Es ist genug, sagt er, daß der Gläubiger das Ganze zu fordern hat, um es auf einmal fordern zu können; das Läugnen des Schuldners kann in der Sache selbst keine Aenderung hervorbringen.

In der That läßt sich nicht absehen, wie der bloße Umstand, daß der Schuldner einen Theil der Schuld läugnet, den Gläubiger des Rechts berauben könne, die Zahlung des Ganzen auf einmal zu begehren. Vorausgesetzt, daß der Gläubiger das Ganze, was er begehrt, wirklich zu fordern hat, wie hier ja immer vorausgesetzt wird, ist es gegen die Grundsätze des Rechts und der Gerechtigkeit, wenn es in die Gewalt des Schuldners gegeben wird, ihn dieses Rechts dadurch zu berauben, daß er die Forderung bestreitet. Indessen, auch nicht aus der Natur der Sache leitet man diese Ausnahme ab, sondern aus L. 21. D. de rebus creditis, wo es heißt: Quidam existimaverunt, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere, et reliqua persequi: neque eum, qui fundum suum diceret, partem duntaxat judicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur Praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur: cum ad officium ejus

pertineat, lites diminuere [14]). Allein, man hat hier Dinge in Verbindung gebracht, die gar nicht zusammengehören; an jene Regel wird hier gar nicht gedacht und auch nicht an eine von jener Regel zu machende Ausnahme, wie schon daraus erhellet, daß hier nicht bloß von einem Gläubiger die Rede ist, nämlich, nicht von einem, der eine persönliche Forderung hat, sondern auch von Jemanden, der dingliche Ansprache zu machen befugt ist, welche beide auf gleichem Fuß behandelt werden; von beiden gleich wird gelehrt, wie sie dem strengen Rechte nach nicht nöthig hätten, sich das gefallen zu lassen, was hier der Prätor, der Billigkeit wegen, über sie verhängt. Es ist die Rede von gerichtlicher Verfolgung von Ansprüchen und es wird die Frage entschieden, ob einer, der ein Ganzes begehrt, von der Klage zurücktreten müsse, wenn sein Gegner ihm einen Theil zugesteht. Ja, ist die Antwort, er muß davon zurücktreten; er muß sich begnügen, eine Klage auf das nicht Zugestandene anzustellen. Dieses wird auf eine sonderbare Art dadurch ausgedrückt, daß der Prätor den Kläger zwingen werde, das Angebotene anzunehmen, da doch von einem wirklichen Zwange hier überall nicht die Rede seyn kann. Der wahre Sinn der Stelle kann immer nur seyn, daß, wenn der Beklagte bereit ist, einen Theil des Objecti litis dem Kläger einzuräumen, dieser seine Klage auf das Ganze nicht richten kann, sondern sich begnügen muß, den streitig gemachten Theil einzuklagen.

---

[14]) *Struv.* Immo p. 115. *Ejusd.* exercitat. ad Dig 47. tit 73. *Hellfeld* jurispr. for. § 1928. *Günther* princ. jur. rom. § 1132. Höpfner Com. über die Institutionen § 9076. — Von der Erklärung der Stelle im Text handeln Merille und Barclay a. a. O. ingleichen *Janus a Costa* Com. Jnst. p. 466.

Daraus folgt aber nicht, daß ein Gläubiger, wenn der Schuldner einen Theil der Forderung als richtig zugesteht, einen andern bestreitet, zumal wenn dies außergerichtlich geschieht [15]), eine Stückzahlung annehmen müsse, so daß er, wenn er die Annahme verweigert, in moram (accipiendi) versetzt werde und der Schuldner berechtigt sey, das vergebens angebotene Object bei Gericht niederzulegen, um sich von der Verbindlichkeit frei zu machen. Dies alles ist mir sehr klar — und, ich hoffe, jetzt auch dem Leser.

Ist die Schuld zum Theil im Reinen, zum Theil aber nicht, so folgt daraus nichts weiter, als daß der Gläubiger, wenn er nicht etwa den Theil, welcher im Reinen ist, einstweilen annehmen, oder ihn allenfalls auch *fordern* will, wozu er ohne Zweifel berechtigt ist, mit der Bezahlung des Ganzen so lange warten muß, bis das Ganze im Reinen ist. —

Statt dieser Ausnahmen, die den Gesetzen fremd und, durch keine andere Kraft gestützt, verwerflich sind, wird die einzige Ausnahme, welche von jener Regel zu machen wäre und die in einer Stelle des römischen Rechts wirklich enthalten ist, übersehen oder nicht angeführt. Nämlich, eine Stückzahlung ist dem Schuldner erlaubt, wenn gleich Anfangs durch Vertrag bedungen ist, es solle dem Schuldner erlaubt seyn, die Schuld theilweise zu tilgen. Man wird sagen, das verstehe sich von selbst. Nun ja, es versteht sich von selbst. Aber man pflegt doch der Vollständigkeit wegen auch dergleichen Ausnahmen nicht ganz mit Stillschweigen

[15]) Daß die Stelle qu auf ein außergerichtliches Anbieten und Annehmen einer Stückzahlung nicht zu beziehen sey, darin stimmen alle überein, die sich mit der Erklärung der Stelle besonders beschäftigt haben, *Merille*, *Barclay*, *Janus a Costa* an den a. St.

zu übergehen, zumal wenn die Gesetze selbst ihrer erwähnen, wie das in Ansehung dieser in der L. 41 D. de usuris geschieht.

IV.

Ueber Provocation von Seiten des Bürgen an den Gläubiger zur Erhaltung oder Benutzung der Wohlthaten der Ordnung und Theilung. *)

Die sogenannte Provocatio ex lege: *si contendat* ist, nach der Lehre der Rechtsgelehrten, nicht bloß zulässig bei peremtorischen Einreden, die bei längerer Verzögerung der Klage erlöschen oder unbrauchbar werden, oder nicht mehr zu beweisen seyn möchten: sie findet auch Statt bei verzögerlichen gewisser Art, nämlich bei solchen, welche die Sache selbst angehen und unter gewissen Bedingungen die Wirkung zerstörlicher hervorbringen. Man zählt daher die Einreden, deren ein Bürge und Mitbürge sich bedienen kann, um die Wohlthaten der Ordnung und Theilung geltend zu machen, zu denjenigen, derentwegen jener, den Gläubiger ad agendum aufzufordern, berechtigt sey.

*) NB. Diese kleine Abhandlung erschien zuerst im Archiv für die civilistische Praxis, 7. Band, S. 138. folg. und erscheint hier etwas verändert; die Veränderungen beziehen sich auf die Provocation zur Bewahrung der Einrede der Ordnung. Die Gründe dagegen sind unverändert geblieben, nur ist der zweite, von der Unzweckmäßigkeit der Provocation hergenommen, etwas erweitert.

Also

1) Die Einrede der Ordnung. Es kann geschehen, sagen die Rechtsgelehrten, daß der Gläubiger in Beitreibung der Schuld säumig ist, und der Schuldner darüber unfähig wird, zu zahlen. Diesen Nachtheil von sich abzuwenden, hat der Bürge ein doppeltes Mittel in Händen; er kann einmal den Schuldner belangen, daß er ihn von der Bürgschaft frei mache, wenn die bekannten gesetzlichen Voraussetzungen dazu vorhanden sind, nämlich, wenn der Schuldner mit der Zahlung schon seit langer Zeit im Rückstande gewesen ist, oder, wenn er sein Vermögen zu verschwenden anfängt [1]). Statt dessen kann er aber auch, sobald er bemerkt, daß der Schuldner in Verfall seines Vermögens geräth, zweitens, den Gläubiger zur Klage gegen sich auffordern, um ihn durch Entgegensetzung der exceptio ordinis zu nöthigen, den Schuldner jetzt, da es noch Zeit ist, zu belangen [2]). Sie leiten dies Mittel und die Provocationen überhaupt aus einer Quelle her, wo, wie man jetzt allgemein einverstanden ist, sie nicht zu finden sind. Aber, wenn man auch sonst annimmt, daß Provocationen zur Aufrechthaltung von Einreden zulässig sind, wenigstens diese läßt sich nimmermehr rechtfertigen.

Denn vernünftiger Weise sollte man wohl glauben, daß derjenige, welcher den andern zur Klage herausfordert, eben dadurch auf Einreden, wodurch er Aufschub der Klage bewirken will, Verzicht leiste. Ist es gerecht, ist es billig, daß ein Bürge den Rechtsstreit von sich ablehne, den er selbst erregte, daß er den Kampf

---

[1]) L. 38. § 1. D. Mandati. L. 10. C. eod. Cap. ult. x de fidejussor.

[2]) *Hellfeld* jurispr. for. § 1914.

auf den Hauptschuldner ableite, nachdem er ihn einmal auf sich hingeleitet hat? Der Bürge spricht zu dem Gläubiger: Verklage mich jetzt, und wenn er nun klagt, soll er dann sagen dürfen, nein, verklage erst den Hauptschuldner? Ich habe dich zwar aufgefordert, mich zu verklagen, aber — es ist noch nicht Zeit, mich zu verklagen. Kurz, man ruft den Bürgen vor Gericht, um ihn — vom Gericht wegzuweisen. Hat man je etwas Ungereimteres gehört? Ist das nicht ein Possenspiel, was bei Gericht aufgeführt wird, und welchen Eindruck muß dies auf ein vom Schulwitz nicht verderbtes Gemüth machen?

Am Ende ist der Nutzen einer solchen Provocation nicht einmal einzusehen. Gesetzt, der Gläubiger läßt sich in den April schicken. Aufgefordert zur Klage, belangt er den Provocanten, und nachdem er geklagt hat, weist man ihm die Thür des Gerichts, ja, schon an der Schwelle stößt man ihn zurück; er soll erst den Hauptschuldner belangen. Was in aller Welt zwingt ihn, das auf der Stelle zu thun — und darum ist es dem Bürgen bei seiner Provocation doch gerade zu thun — und welchen Nachtheil hat der Gläubiger davon, wenn er das nicht auf der Stelle thut? Der Gläubiger hat ja nun, der Aufforderung zufolge, gegen den Bürgen geklagt und es kann doch von jetzt an nichts anderes gelten, als wenn er unaufgefordert geklagt hätte.

Jene Provocation kann nur allenfalls durch den Gerichtsgebrauch aufrecht erhalten werden, worauf die Rechtsgelehrten sich einstimmig berufen, und welchen, wenn er wirklich vorhanden seyn und nicht bloß Provocationen überhaupt — denn daran ist nicht zu zweifeln — sondern Provocationen dieser besonderen Art in Schutz nehmen sollte, der

Richter, wie ein Gesetz, ehren muß, vorausgesetzt, daß er vernünftig ist. Indessen kann dem zur Klage herausgeforderten und dann zurückgewiesenen Gläubiger, welcher in Folge der exceptio excussionis, mit seiner Klage bloß zur Zeit abgewiesen ist auf allen Fall nicht gewehrt werden, in der Folge zu dem Bürgen zurückzukehren. Nicht diese Einrede, sondern nur die in Folge derselben vom Hauptschuldner etwa erlangte Befriedigung kann den Bürgen für immer frei machen. Die Rechtsgelehrten nehmen aber an, diese Provocation habe den Erfolg, daß, wenn der Gläubiger gegen den Bürgen klagt und, zurückgewiesen mit seiner Klage, gegen den Hauptschuldner nicht klagt, daß dann ihm, wenn er aufs Neue gegen den Bürgen sich wendet und klagt, die exceptio excussionis für immer entgegenstehe und seine Klage zerstöre. So bemerkt Günther: Usu receptum est, ut fidejussori liceat, creditorem provocare ad agendum ut adeo, si debitorem principalem provocatus haud convenit, perpetuetur fidejussori excussionis adversus eum exceptio [3]). Allein darin liegt ein offenbarer Widerspruch. Soll dem Bürgen, wie bisher, die *exceptio excussionis* zustehen, so kann sie ihm nicht für immer zustehen. Die bloße Verzögerung der Klage gegen den Hauptschuldner kann das innere Wesen der Einrede nicht verändern, sie kann nicht machen, daß eine exceptio excussionis keine exceptio excussionis seyn sollte. Diese Einrede geht dahin, daß jeder in seiner Ordnung und der Bürge erst nach dem Hauptschuldner zu belangen sey; eine solche Einrede kann dem Gläubiger immer nur *ad tempus* entgegenstehen, nämlich, bis er den Hauptschuldner wirklich

---

[3]) Princ. jur. Rom. § 1074.

belangt hat. Sobald dies geschehen oder ohne Nutzen ist, fällt sie nothwendig von selbst hinweg. Hellfeld muß dies gefühlt haben; denn er schreibt: Potest quoque fidejussor ipsum creditorem ad agendum provocare ex lege: si contendat, cujus provocationis effectus est, ut creditor debitorem convenire debeat aut sibi in perpetuum exceptionem excussionis dolo omissae opponi patiatur [4]). Dies lautet etwas anders. Es würde sich also die bereits früher gebrauchte exceptio excussionis in eine exceptio *excussionis dolo omissae* verwandeln und also an die Stelle der vorigen dilatorischen Einrede jetzt eine peremtorische treten. Aber, muß es denn gerade *dolus* seyn, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner nicht belangt hat? Kann es nicht Freundschaft gegen den Hauptschuldner, Nachsicht gegen ihn, Mitleiden, Nachlässigkeit u. s. w. seyn? Und wie kann hier überhaupt dolus in Frage kommen, da ja von bloßer Unterlassung dessen die Rede ist, was der Gläubiger zu thun nicht nöthig hat? Ist das alles wirklich dem Gebrauch gemäß? Dann wird dem Gebrauch diesmal sehr viel zugemuthet, welcher so große Unregelmäßigkeiten in Schutz nehmen, den Bürgen befugt machen soll, den Gläubiger bald nach dieser, bald nach jener Richtung hin, wie eine Drathpuppe, zu bewegen, und der sogar einen dolus hervorbringen muß, wo keiner vorhanden oder doch nicht zu berücksichtigen ist.

Eher noch ließe es sich hören, wenn der Bürge den Gläubiger nicht zur Klage gegen sich, sondern gegen den Hauptschuldner auffordern könnte, der jetzt noch solvendo ist und von dem er besorgt, er möchte es bald nicht

---

4) *Hellfeld* jurispr. for. § 1914.

mehr seyn. Indessen die Zulässigkeit einer Provocation zur Klage gegen den Hauptschuldner stehen wieder andre Zweifel im Wege. Eine solche Provocation würde den Zweck nicht haben, Einreden zu erhalten für den Provocanten, welche auf diesem Wege vielmehr verloren gehen würden: und doch ist es nach der Theorie nur zu diesem Zweck, daß eine Provocatio ex lege: *si contendat* zulässig ist. Besonders aber kommt in Betrachtung: Jemand kann zwar den Nachtheil einer Klage sich selbst zuziehen; aber darf man auch einen Kläger aufregen zur Klage gegen einen Dritten? —

Es giebt noch ein anderes Mittel für den Bürgen; er fordert den Gläubiger auf, ihn zu belangen, weist ihn dann aber nicht mit der Einrede der Ordnung an den Hauptschuldner, sondern nimmt den Prozeß auf, und, wenn er zur Zahlung verurtheilt ist, geht er auf den Hauptschuldner zurück, jetzt, da es noch Zeit ist und er Hoffnung hat, durch ihn zu seiner Befriedigung wieder zu gelangen. Dies Mittel ist den Rechtsgelehrten wohl bekannt [5]). Man kann es zu den heroischen rechnen. Es hat etwas von einem verzweifelten an sich — und wenigstens steht es andern nach. Der Bürge setzt sich gewissem Verlust aus, um sich gegen ungewissen sicher zu stellen. Er giebt dem Gläubiger das Seinige hin, um es vom Schuldner vielleicht nie wieder zu erhalten. Die Rechtsgelehrten empfehlen es dem Bürgen, welcher allen einem Bürgen zustehenden Einreden oder namentlich dem beneficio excussionis entsagt hat. Indessen scheint darin ein Eingriff in das jus eligendi des Gläubigers zu liegen.

Was 2) die exceptio divisionis betrifft, so ist zuvör-

---

[5]) Claproth summ. Proc. § 285. no. 3.

derst zweifelhaft, wohin sie zu rechnen sey. Von älteren Rechtsgelehrten finde ich, wird sie gewöhnlich den zerstörlichen Einreden beigezählt [6]). So viel ist wahr, wenn, nach getheilter Klage, die Mitbürgen zur Zeit der Litiscontestation solvendo sind, bringt sie die Wirkung einer peremtorischen hervor, indem sie dem Gläubiger Rückkehr zu dem Bürgen nicht gestattet, hörte auch nach der Litiscontestation der Mitbürge auf, solvendo zu seyn [7]). Dennoch scheint diese Einrede die Klage zunächst nur zu verschieben und sie nicht nothwendig (theilweise) zu zerstören, oder vielmehr, nicht nothwendig sie von dem Beklagten für immer zu entfernen, weil es ja noch darauf ankommt, ob, wenn der Kläger seine Klage theilt, die Mitbürgen zu der Zeit, da Lis gegen sie contestirt wird, solvendo seyn werden. Hiervon abgesehen, verhält es sich mit der Exceptio divisionis auf allen Fall etwas anders, als mit der vorhergehenden exceptio excussionis. Um die exceptio divisionis sich zu bewahren, braucht der Bürge den Gläubiger nicht ad agendum in solidum zu provociren. Thäte er das, so wäre wohl nicht daran zu zweifeln, daß er von der Einrede keinen Gebrauch machen könnte und daß er seinem Zweck geradezu entgegen handeln würde. Er müßte ihm vielmehr simpliciter zur Klage auffordern, und, wenn der Gläubiger ihn dann in solidum belangte, so könnte er, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, zum Gläubiger allenfalls wohl sagen: Theile deine Klage. Aber der Nutzen einer solchen Provocation ist aber-

---

[6]) *Zanger* de except. c. 19 n. 3.

[7]) § J. L. 26. D. de fidejussor. L. 51 § 4 D. eod. Cum inter fidejussores actione divisa, quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt: ea res ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinet: nec auxilio defendetur aetatis actor, non enim deceptus videtur, jure communi usus.

mals nicht einzusehen, aus demselben Grunde, weshalb es für den Bürgen von keinem Nutzen seyn kann, den Gläubiger, zur Bewahrung der Wohlthat der Ordnung, zur Klage gegen sich herauszufordern.

V.

Kann der Schuldner eine Quittung fordern?

Anton Faber [1]), Leyser [2]), und Voet [3]) stimmen überein: Wer die Schuld entrichtet, kann, außer der Zurückgabe seiner Handschrift, vom Gläubiger einen Tilgungsschein begehren, und hat nicht nöthig, das Geld aus den Händen zu geben, wenn er nicht eine Quittung dagegen empfängt; Geld und Quittung müssen also gegen einander ausgetauscht werden. Aber — eine solche Quittung, als ein schriftliches Geständniß des Ausstellers über die geschehene Tilgung der Verbindlichkeit, soll dem Schuldner zum Beweise der Zahlung dienen. Wie kann nun der Schuldner, und aus welchem Grunde kann er *jure perfecto* fordern, daß der Gläubiger ihm ein Beweismittel gegen sich in die Hände gebe, also ihm die Waffen selbst darreiche, deren er sich (wenn auch zu seiner Vertheidigung) künftig gegen ihn bedienen will? Es scheint mir daher, nicht aus der Natur der Sache, sondern nur aus positiven Bestimmungen, könne die Verbindlichkeit des Gläubigers, eine Quittung auszustellen, und das Recht

---

[1]) In seinem Codex definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatarum, tit. de solut. defin. 3. p. 1089.

[2]) *Spec.* 530. *med.* 1.

[3]) *ad tit. Dig. de solut.* § 15.

des Schuldners, bis er sie empfangen, mit der Zahlung zurückzuhalten, abgeleitet werden. Wirklich nehmen auch Leyser und Voet den Beweis für ihre Behauptung aus dem Satzungsrecht, nämlich aus einer Verordnung des Kaisers Justinian her, die, ihrem Hauptinhalt nach, jedoch auf etwas ganz anderes gerichtet ist. In dieser Verordnung will Justinian, daß ein Schuldner, der über die Schuld ein schriftliches Bekenntniß ausgestellt hat, wenn er behauptet, die Schuld sey getilgt, ohne daß er etwas Schriftliches darüber aufweisen könnte, mit dem Beweise durch Zeugen nicht leicht, sondern nur dann gehört werden soll, wenn er fünf Zeugen vom besten Ruf aufstellen kann, die bei der Zahlung gegenwärtig gewesen, und, daß sie geschehen, beschwören. Die Verordnung selbst, die für jene Zeit, nach den Klagen des Kaisers im Eingange zu urtheilen, gut seyn mochte, ist außer Gebrauch gekommen, wenigstens bemerken die Ausleger, sie gelte bei uns nicht. Aber es kömmt in derselben folgende Aeußerung vor, und diese ist es eben, worauf es ankömmt: — ut scientes omnes ita ea statuta esse, non aliter debitum vel partem ejus persolvant, nisi vel securitatem in scriptis capiant, vel observaverint praefatam testium probationem. Hier scheint nun allerdings den Schuldnern das Recht verliehen zu seyn, mit der Zahlung zurückzuhalten, bis ihnen eine Quittung ertheilt ist. Wollte man die Aeußerung des Kaisers aber bloß als einen gelegentlich ertheilten Rath, wenigstens nicht als Disposition betrachten, und auch den Beweis, den Anton Faber für obigen Satz führt, nicht für vollgültig anerkennen, (wogegen freilich nicht viel einzuwenden wäre) nämlich, „die Ertheilung der Quittung schade dem Gläubiger nicht, und sey dem Schuldner nützlich," so wüßte ich keinen anderen

Rath, als daß man sich auf den allgemeinen Gebrauch beriefe, wozu man, glaube ich, in diesem Fall berechtigt wäre, um einen Satz aufrecht zu erhalten, der sich durch die tägliche Erfahrung als sehr heilsam und nützlich bewährt.

VI.

Ist der Verkäufer verpflichtet, Mängel zu gewähren, die nur dem Auge des Kenners sichtbar sind?

Auch wegen solcher Fehler, bemerkt Glück [1]), die zwar dem Kenneraunge nicht entgehen, aber doch dem unerfahrenen Käufer verborgen sind, kann auf Redhibition geklagt werden, wenn der Verkäufer sie verschwieg. Jede Unwissenheit entschuldigt hier den Käufer, fährt jener fort, die keine grobe Nachlässigkeit zum Grunde hat; ignorantia emtori prodest, sagt Paulus [2]), quae non in supinum hominem cadit. Die Frage ist in diesem Gebiet wichtig genug, daß sie mehr, wie manche andere, verdient, in Untersuchung gezogen zu werden.. Und wenn die Untersuchung auch zu demselben Resultat führen sollte, so bedarf doch das, was Glück, mit seinem Gewährsmann Münter [3]), lehrt, einer

---

[1]) Erl. d. Pand. Thl. 20. S. 48.

[2]) L. 15. § 1. D. de contrah. emt.

[3]) Roßtauscherrecht, 3. Abschnitt § 1 und 3.

festern Begründung und eines strengern Beweises, überhaupt einer sorgfältigern Erörterung. Das soll eben kein Vorwurf für jene seyn, als wovon ich weit entfernt bin. Hängt es doch von jedem Schriftsteller ab, wie viel er geben will, und dem einen ist klar, was ein anderer noch zweifelhaft findet. An der Richtigkeit jener Lehre zu zweifeln, fehlt es an Gründen nicht. Wenn der Verkäufer, kann man sagen, für sichtbare Mängel nicht verantwortlich ist, wie soll er dann für diejenigen haften, die nur der unerfahrene Käufer nicht sehen konnte! Kann man Mängel vitia latentia nennen, die dem Auge des Kenners sichtbar sind? Die meisten Sachen sind von der Art, daß, ihre Beschaffenheit zu erkennen, und darüber gehörig zu urtheilen, Erfahrung und Uebung nöthig ist. Dies gilt nicht bloß von Kunsterzeugnissen, sondern fast von jeder Waare. Zwar nicht alle Mängel sind dem Nichtkenner verborgen, aber, um jeden Mangel zu erkennen, reicht die gewöhnliche Kenntniß selten hin. Daher ist es eine gewöhnliche Vorsichtsmaßregel, daß derjenige, welcher eine Sache kaufen will, deren Beschaffenheit er nicht zu beurtheilen versteht, diejenigen zu Rathe zieht, die sich darauf verstehen. Läßt er diese Vorsichtsmaßregel außer Acht, so mag der Fehler immerhin von der Art seyn, daß nur das Auge des Kenners ihn entdecken konnte; der leichtsinnige Käufer kann den Handel aus diesem Grunde nicht anfechten. Er büßt hier nur die Folgen seiner eigenen Verschuldung. Kömmt es doch in dieser Sphäre nicht darauf an, ob der Erwerber den Fehler gesehen hat, sondern ob er ihn bei Anwendung gehöriger Vorsicht hätte sehen können [4]). Die Berufung auf den angeführten Ausspruch

---

[4]) *L. 14. §. 10. D. de aed. edicto.*

des Paulus läßt den Einwand zu, „es sey wirklich eine ignorantia, quae in supinum hominem cadit, wenn der Käufer einen Fehler nicht kannte, der ihm, hätte er Sachverständige zu Rathe gezogen, nicht verborgen geblieben wäre.“ Kann man hier nicht analogisch anwenden, was von der ignorantia juris gilt, wobei es doch auch auf Kenntnisse einer besondern Kunst ankömmt, daß derjenige keine Entschuldigung verdient, welcher die Verständigen um Rath fragen, und dadurch, was ihm selbst an Kenntnissen fehlte, ergänzen konnte [5])? Es scheint also mißlich um eine Lehre zu stehen, nach welcher die Gültigkeit und Unwiderruflichkeit des Handels von der Individualität des Käufers abhängen würde. — So würde ich sprechen, wenn ich der Anwald des Verkäufers wäre. — Aber auf der andern Seite! Die Absicht der Aedilen war, daß der Verkäufer, von welchem die Kenntniß der Sache, die er andern überlassen will, erwartet und gefordert wird [6]), die Fehler derselben dem Käufer offen anzeige [7]). Nur solche Mängel sind, nach der Auslegung der römischen Rechtsgelehrten, ausgenommen, welche in die Augen fallen. Bei diesen bedarf es natürlich keiner Anzeige, da der Käufer die Augen nur öffnen darf, um sich vom Daseyn derselben zu überzeugen. Eben daher kann der Verkäufer voraussetzen, daß sie dem Käufer, auch ohne besondere Anzeige, nicht entgehen werden. Können aber die Mängel übersehen werden, so wäre es unredlich, wenn der Verkäufer sie verschweigen wollte, sollten sie auch von der Art seyn, daß ein Kenner sie entdeckt haben würde.

---

[5]) *L.* 9. *§* 3. *D. de juris et facti ignorantia.*

[6]) *L.* 1. *§* 2. *D. de aed. edicto.*

[7]) *L.* 1. *§* 1. *L.* 38. *pr. D. eod.*

Dem Verkäufer gebührt es, den Käufer auf die Mängel, die nicht jedem, und namentlich nicht ihm, sichtbar sind, aufmerksam, und sich seine Unerfahrenheit nicht zu Nutze zu machen. Dieß ist ganz in dem Geiste der Aedilen, welche den Betrügereien der Verkäufer entgegen wirken, und die Käufer dagegen in Schutz nehmen wollten [8]). Von demjenigen, welcher Mängel, die in die Augen fallen, nicht sieht, wird angenommen, er habe sich selbst getäuscht [9]). Diese Selbsttäuschung findet bei Mängeln nicht Statt, die nur dem Kenner merklich sind. Von dergleichen Mängeln läßt sich nicht sagen, sie fallen in die Augen, so daß Niemand sie füglich übersehen kann. Wenn sie auch sichtbar sind, so sieht der unerfahrne Käufer es ihnen nicht an, daß sie Mängel sind, ja, wie es ihm überhaupt an Kenntniß von solchen Mängeln fehlt, fällt es ihm nicht einmal ein, dorthin zu sehen, wo sie zu finden sind. So können z. B. Sachverständige die Finnen der Schweine erkennen, wenn sie dem Thier den Rachen aufreißen, und die Zunge betrachten, wo man, wie im Krünitz zu lesen, die Finnen als große weiße Hirsekörner sehr genau unter der Haut liegen sehen kann [10]); aber, wer es nicht weiß, verfällt nicht darauf. Aus

---

[8]) *L. 1. § 6. D. de aed. ed. L. 1. § 2. D. eod.* Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emtoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint. Dummodo sciamus, venditorem etiam si ignoravit ea, quae aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum. Potuit enim ea nota habere venditor. Neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate.

[9]) *L. 43. § 1. D. de contrah. emt.*

[10]) s. Krünitz Encyclopädie, Thl. 13. S. 425. 426.

Aus diesen Gründen scheint es, daß der Verkäufer auch für solche Mängel verantwortlich sey, die nur dem Kenner sichtbar sind. Wenn vollends die Mängel gar nicht äußerlich sichtbar seyn sollten, sondern nur Anzeigen, aus deren Vorhandenseyn der Kenner auf das Daseyn jener schließen könnte, würde dies noch weniger zweifelhaft seyn. Alles dieses wird bestätigt durch folgende Pandektenstelle: *L.* 14. § 10. *de aed. edicto.* Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, *qui omnibus potuit apparere*: utputa coecus homo veniebat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat, vel in capite vel in alia parte corporis: ejus nomine non teneri, Caecilius ait: perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset. Ad eos enim morbus vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit. So würde ich sprechen, wenn ich der Anwald des Käufers — oder vielmehr, wenn ich der Richter wäre. —

Bei dieser Entscheidung der aufgeworfenen Frage wird es nun aber zweifelhaft, ob es richtig sey, was Voet [11]) lehrt: „ein Kenner, der es wirklich ist, oder, wenn Kenntniß dieser Art von Sachen in des Käufers Fach einschlägt — si emtor artifex est — verdiene keine Entschuldigung, wenn er einen Fehler nicht entdeckt habe, den er nach den Regeln seiner Kunst hätte entdecken können." Der Gewährsmann, auf welchen Voet sich beruft, unser Mevius [12]) behauptet nur: „von einem Kenner sey zu vermuthen, daß ihm ein Mangel dieser Art nicht verborgen geblieben." Auf allen Fall hat Voet seinen Satz nicht bewiesen. Ja, wenn jedem,

---

[11]) *ad Dig. lib.* 21. *tit.* 1. § 9.

[12]) *ad jus Lub. lib.* 3. *tit.* 6. *art.* 15. *nr.* 6. *sq.*

der von einer gewissen Kunst ein Gewerbe macht, eine vollkommene Kenntniß seines Faches beiwohnte, dann würde Voet völlig Recht haben. Wie aber, wenn eine solche Kenntniß diesem Individuo fehlte, wenn seine Wissenschaft ihn gerade hier im Stiche ließ, wo er ihrer bedurfte? Auf ihn kann man nicht anwenden, was von demjenigen gilt, der in die Augen fallende Mängel nicht sieht, er habe sich selbst getäuscht. Die Mängel, die er nicht sah, konnte er (nach seiner mangelhaften Kenntniß) nicht sehen. Er konnte sie verkennen (ignorare potuit), ja er mußte sie verkennen.

VII.

Ist die Wohlthat der Ordnung dem Bürgen zu versagen, der sich als Selbstschuldner verbürgt hat? —

Es wäre wohl endlich einmal Zeit, eine Lehre aus der Rechtswissenschaft zu verbannen, wodurch diese schon zu lange verunstaltet worden, die aber, so seltsam sie auch ist, noch immer Anhänger findet, indem sie hin und wieder noch jetzt in den Schriften der Rechtsgelehrten, wie in den Gerichtshöfen gehört wird, nämlich: daß ein Bürge sich der Wohlthat der Ordnung nicht bedienen könne, der sich als Selbstschuldner verbürgt hat [1]). Das Beste, was für diese

[1]) Sie wird unter andern vertheidigt von Fachineus (controv. lib. 8. cap. 54.), Gail (lib. 2. Obs. 28. nr. 2. 3. 6.), Hering

Meinung gesagt werden kann, hat unter den Schriftstellern, die ich darüber gelesen, nach meinem Ermessen Voet [2]) in aller Kürze vorgetragen. „Ein Bürge kann seinen Wohlthaten so gut stillschweigend, als ausdrücklich entsagen. Eine stillschweigende Entsagung ist darin enthalten, wenn er sich als

---

(de fidejussor. c 17. no. 50, Schmidt (de fidejussore principaliter obligato pag. 32), Mevius (*P*. 9. *d*. 186. *n*. 10.) welcher schreibt: Illa formula: Sich als einen Selbstschuldner verpflichten, ad excussionis beneficium excludendam usurpari solet Voet *(ad Dig. lib*. 46. *tit*. 1 § 16.*)* lehrt: — — ratio non est, cur non fidejussoribus quoque suum ordinis beneficium ex tacita periret renunciatione; qualis praecipue haec videtur, *si se pro debito obligaverit, tanquam principalem.* Cum enim certi juris sit, principalem debitorem, qua talem nullo ordinis beneficio munitum esse, necesse est, vel enixam illam et specificam fidejussoris testationem, qua se tanquam principalem voluit obligatum, nullius plane momenti esse; vel si alicujus efficaciae habeatur, fidejussori tali ordinis beneficium permitti non debere; ne verba, specificum quid denotantia, in conventione otiosa sint ac nihil operentur. Siehe auch Struben (rechtl. Bedenken, Th. 1. Band 40.). Für das Gegentheil streiten Anton Faber (cod. defin. forens. lib. 8. tit. 28. def. 31.), Lauterbach (de beneficio excussionis § 22.), Stryk (de cautelis contractuum, sect. 2. cap. 6. § 22.), Cocceji (jus cont ov. tit. de fidejussor. qu. 13.). Die Brüder Overbeck (Meditat über verschiedene Rechtsmaterien, Bd. 4. N. 247.) Sie behaupten nämlich: ein Bürge, der sich als Selbstschuldner verbindlich gemacht, könne sich der Wohlthat der Ordnung nur dann nicht bedienen, wenn er auf bloße Vorzeigung des Instruments zu zahlen versprochen. Dies stimmt überein mit Hering *de fidejussor. cap.* 27. *part.* 1. *n.* 106. Qui promisit se soluturum ad solum verbum creditoris, conveniri potest, non excusso principali.) Quistorp (rechtl. Bemerkungen Theil 1. Seite 310.), Walch *(controv. jur. civ. ed. tertia p.* 568.*)* und viele andere, die Walch angeführt hat.

[2]) S. die vorige Note.

Selbstschuldner verbindlich macht. Denn, da dem Selbstschuldner die Wohlthat der Ordnung nicht zusteht, so kann sie auch einem Bürgen nicht zustehen, der sich wie ein Selbstschuldner verbindlich gemacht hat. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde jener Ausdruck müßig seyn, welches bekanntlich nicht zu vermuthen ist." Also Voet.

Daß ein Bürge, gleich jedem andern, seinen Wohlthaten auch stillschweigend entsagen könne, wer möchte daran zweifeln wollen! Eine Entsagung dieser Art, und zwar eine wirkliche, würde darin enthalten seyn, wenn er sogleich, wie der Gläubiger es verlangen wird, zu zahlen sich verbindlich gemacht [3]). Aber, wenn bloß die Formel gebraucht ist: „der Bürge wolle als Selbstschuldner haften", oder, wie es gewöhnlich heißt: „er mache sich als selbstschuldiger Bürge verbindlich", so kann ich darin eine Verzichtleistung auf die Wohlthat der Ordnung durchaus nicht finden. Zuerst, was heißt es eigentlich, wenn ein Bürge sagt: er mache sich als Selbstschuldner verbindlich? Soll dies so viel heißen, er übernehme die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, an der Stelle desselben, als seine eigne? Oder, er wolle, auf eben die Art, wie der Schuldner (aeque principaliter), m. a. W. er wolle als correus neben ihm haften? Weder das Eine, noch das Andere, wird wirklich beabsichtigt. Der Bürge will den Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht frei machen, nicht sich (durch Expromission) an dessen Stelle setzen; nein, er will einer fremden Verbindlichkeit bloß beitreten; und zwar nicht als correus. Nicht Mitschuldner, sondern Bürge will er seyn. Wäre er correus, würde man ihm, wie andern correis, das

---

3) S. die in der vorletzten Note angeführte Aeußerung Herings.

beneficium divisionis zugestehen, und den Regreß gegen den Schuldner versagen müssen. Jenes wird ihm Niemand einräumen, dieses ihm Niemand absprechen wollen. Soll jene Formel soviel heißen: der Bürge mache sich als Hauptschuldner verbindlich? So wird diese Formel gewöhnlich verstanden. In diesem Verstand schließt die Formel einen Widerspruch in sich; denn Niemand kann ja die beiden Gegensätze Hauptschuldner und Bürge in sich vereinigen. Wird damit aber gemeint, die Verbindlichkeit des Bürgen soll von derjenigen des Hauptschuldners nicht verschieden seyn, so ist dies freilich der accessorischen Natur der Bürgschaft gemäß, indessen enthält jene Formel dann nichts, was sich nicht schon von selbst verstehen sollte. Doch ist diese Auslegung noch die beste von allen, wenigstens ist sie der vorigen vorzuziehen, da sie einen der Natur der Bürgschaft angemessenen Sinn in sich schließt, während jene mit dem Wesen der Bürgschaft im Widerspruch steht. Versteht man endlich jenen Satz so: „der Bürge wolle haften, als ob er der Hauptschuldner wäre, er wolle einem Hauptschuldner gleich behandelt werden", und will man dadurch beweisen, daß er von der Wohlthat der Ordnung nicht Gebrauch machen könne, weil sie einem Hauptschuldner nicht zustehe, so liegt eines Theils zu solcher Auslegung in den Worten kein hinlänglicher Grund, und dann zweitens würde, glaube ich, dieser Sinn jener Formel zuviel und mehr beweisen, als dadurch bewiesen werden soll. Denn, es würde daraus folgen, daß der Bürge nicht bloß in dieser Hinsicht, sondern auch in jeder andern, einem Hauptschuldner gleich zu behandeln, und ihm also z. B. der Rückgang zu dem wirklichen Hauptschuldner, wenn er für ihn bezahlt hat, zu versagen sey. Ueberhaupt muß eine Entsagung von Rechten deut-

lich, nicht aber in eine dunkle Formel eingehüllt seyn, über deren Sinn selbst die Rechtsgelehrten wenigstens nicht einig sind. Die meisten Bürgen sind Nichtrechtsgelehrte, welchen die Wohlthat der Ordnung nicht einmal bekannt ist, da doch zu jeder Entsagung gehört, daß man die Rechte kenne, deren man sich begiebt, und die, wenn sie selbige auch kennen sollten, doch gewiß nicht wissen, daß in jener Formel eine Verzichtleistung auf selbige enthalten sey. Selbst ein Rechtsgelehrter könnte sich füglich damit entschuldigen, er habe nicht dafür gehalten, daß jene Formel eine Verzichtleistung auf die Wohlthat der Ordnung in sich schließe, da dies wenigstens immer zweifelhaft ist, und sehr viele es läugnen. Auf solche Art sieht man sich freilich genöthigt, von der Alternative, die Voet aufstellt, das erste Glied zu erwählen, nämlich anzunehmen, daß jene Formel unnütz sey, weshalb sie besser gänzlich wegbleiben würde; und wenn dies freilich gegen eine bekannte Auslegungsregel zu verstoßen scheint, wornach nicht anzunehmen, daß ein Ausdruck umsonst gebraucht sey, so kann man nur sagen, daß jene Regel in diesem Fall sich nicht bewährt, oder daß davon in diesem Fall kein Gebrauch zu machen sey, wie denn überhaupt wohl Niemand behaupten wird, daß nicht häufig unnütze Ausdrücke gebraucht und nöthige weggelassen werden. Doch, wenn man jene Auslegung annimmt, welche ich oben als die beste unter allen bezeichnet habe, so kann sie auch diesmal bei Ehren bleiben, insofern sie solche Ausdrücke wohl eben nicht als unnütz verdammt, welche das Wesen oder die rechtliche Natur des Geschäfts ausdrücken.

VIII.

Ueber die Rechtsvermuthung, die aus der drei Jahre nach einander geleisteten Zahlung jährlicher Abgaben, z. B. Zinsen, entstehen soll, daß von früherer Zeit her dergleichen nicht rückständig seyen.

Ehe wir von dieser Vermuthung selbst handeln, betrachten wir billig die Stelle, worin sie ihren Sitz haben soll:

Cod. lib. 10. *tit.* 22. *de apochis publicis et de descriptionibus curialibus et de distributionibus civilibus* — und zwar

L. 2. *Imp. Martianus A. Constantino P. P.*

Quicunque de provincialibus et collatoribus, decurso posthac quantolibet annorum numero, cum probatio aliqua ab eo tributariae solutionis exposcitur si trium cohaerentium sibi annorum apochas securitatesque protulerit; superiorum temporum apochas non cogatur ostendere, neque de praeterito ad illationem functionis tributariae coerceatur, nisi forte aut curialis, aut quicunque apparitor, vel optio, vel actuarius, vel quilibet publici debiti exactor sive compulsor, possessorum vel collatorum habuerit cautionem: aut id, quod reposcit deberi sibi, manifesta gestorum adsertione patefecerit.

Der Inhalt dieses Rescripts des Kaisers Martianus an den Statthalter der Provinz, gleichviel welcher, Constantin, ist klar genug. Ein Steuerpflichtiger, Einwohner

der Provinz, welcher drei Jahre hinter einander die schuldigen Steuern entrichtet, und die Quittungen in Händen hat, soll der Nothwendigkeit überhoben seyn, zu beweisen, daß die Steuern für vorhergegangene Jahre von ihm bezahlt worden. Nur wenn einer der Beamten, die mit Erhebung der Steuern beauftragt sind, eine Handschrift von ihm darüber aufweisen kann, daß er mit den Steuern für vorhergegangene Jahre im Rückstand geblieben, daß ihm in Ansehung derselben Nachsicht gegeben sey (dies ist wahrscheinlich der nicht näher angegebene Inhalt der Handschrift), oder wenn der Beamte auf andere Art, nämlich durch Akten, offenbar beweist, daß die Steuern, welche nachgefordert werden, wirklich rückständig sind, nur dann soll der Steuerpflichtige schuldig seyn, diese Steuer nachzubezahlen. Hier ist eine echte Rechtsvermuthung vorhanden. Das Gesetz nimmt aus der bekannten Thatsache, daß drei Jahre hinter einander Steuern bezahlt sind, eine andere unbekannte, daß nämlich die Steuern der frühern Zeit gleichfalls berichtigt worden, zum Besten des Steuerpflichtigen einstweilen für wahr an, bis gegen ihn das Gegentheil erwiesen worden. Die Rechtsgelehrten sind gewohnt, das Gesetz auf die Forderungen von Privatpersonen, und zwar auf ähnliche, auszudehnen. Sie lehren nämlich, in Folge der angeführten Gesetzstelle, wenn von Zinsen, Pacht- und Miethsgeldern, Canon u. s. w. die Rede ist, überhaupt von solchen Leistungen, die zu gewissen Zeiten, alle Jahre oder Monate, wiederkehren, entspringe aus der drei Jahre nach einander geschehenen Tilgung der Verbindlichkeit die Vermuthang, daß aus früherer Zeit her nichts dergleichen mehr hinterstellig sey. Nicht bloß Leyser [1]) und

---

[1]) *Spec.* 530. *med.* 8. *seqq.*

Pufendorf [2]), die dies fast ohne Gründe lehren, vertheidigen diesen Satz, sondern diese Lehre ist so alt, als irgend eine in der Rechtswissenschaft. Eine große Anzahl der alten und ältesten Rechtsgelehrten streiten dafür, gleich den neuen; dabei berufen sie sich zum Theil, auch wohl bloß, auf den Gerichtsgebrauch; und es herrscht in dieser Sphäre — welch ein Wunder! — fast Einmüthigkeit unter ihnen [3]). Ob aber hinlängliche Gründe vorhanden sind, ein Gesetz, was bloß von öffentlichen Abgaben spricht, unter einem Titel, der de apochris publicis handelt, auf Privatforderungen ähnlicher Art auszudehnen, daran ist, trotz Zahl, Ansehns, und Einmüthigkeit jener Rechtsgelehrten, doch noch billig zu zweifeln. Es ist wegen vermeintlicher Gleichheit des Grundes, daß die Rechtsgelehrten sich für berechtigt halten, das Gesetz auf Privatforderungen auszudehnen. Der Grund, sagen sie, worauf das Gesetz beruht, ist auf Privatforderungen der angeführten Art eben so gut anwendbar, als auf die Forderung des Staats an öffentlichen Abgaben. Dieser Grund besteht darin. Es ist nicht wahrscheinlich, daß

---

2) *Obs. eur. un. tom.* 1. *obs.* 173. *tom.* 2. *obs.* 162.

3) Bei unserm Sigismund Finkelthaus (obs. pract. obs. 115.), der unter denen, die ich darüber gelesen, instar omnium genannt werden kann, findet sich eine große Menge von Rechtsgelehrten aufgeführt, die, indem sie für die Ausdehnung der Rechtsvermuthung streiten, ihm gleich denken, von Alciati bis auf Hartmann Pistor. Außerdem gehören hierher *Perez ad tit. C. de apochis publ. no.* 7 *et* 8. *Hellfeld Jurisp. for.* § 1933. *Günther Princip. jur. Rom.* § 1135, bei welchem letztern man wieder eine ziemliche Zahl anderer angeführt findet; ja es giebt eigene Dissertationen über diesen Gegenstand von Rösler und Schorch, die ebendaselbst angeführt sind.

der Gläubiger die neuere jährliche Abgabe annahm, und die ältere stehen ließ. Welcher Gläubiger wird wohl so sorglos seyn, die spätere Abgabe entgegen zu nehmen, und um die Beitreibung der frühern sich nicht zu bemühen? Allerdings ist es gegen Ordnung und Gewohnheit, daß später fällig gewordene jährliche Abgaben früher, und früher fällig gewordene Abgaben später abgetragen werden; und eben daher wird man dies im Allgemeinen verkehrt und seltsam nennen. Allerdings ist es unwahrscheinlich, daß der Gläubiger die später fällig gewordene Abgabe vor der früheren annahm, und, wenn er dies *de jure* auch wohl eben nicht verweigern kann, daß er sie annahm, ohne in die Quittung darüber etwas einfließen zu lassen, daß die Letztere annoch rückständig sey. Zwar kann es unter besondern Umständen wohl geschehen, daß der Gläubiger zufrieden, ja froh ist, wenn vor der Hand nur die laufenden Abgaben eingehen, indem er dem Schuldner wegen der ältern Rückstände Nachsicht gewährt; aber im Allgemeinen ist es doch nicht wahrscheinlich, daß die früheren Abgaben rückständig geblieben, wenn schon die spätern es nicht mehr sind. Die Vermuthung, die in dieser Hinsicht für den Schuldner streitet, wird schon durch eine einmalige Zahlung mit solcher Stärke begründet, daß sie wohl so gut, wie manche andere, zu einer gesetzlichen hätte erhoben werden können; wie viel gewinnt sie nicht an Stärke, wenn drei Jahre nach einander die Abgabe bezahlt, wenn jedes Jahr eine Quittung gegeben, früherer Rückstände aber darin nicht erwähnt ist, und im Verlauf dieser ganzen Zeit der Gläubiger auf Bezahlung dieser frühern Rückstände keine Anträge bei Gericht gemacht hat! Ja, muß man nicht annehmen, durch einen Schluß a majori ad minus, da die vom Gesetz aufgestellte Vermu-

thung zum Nachtheil des Fiscus gereicht, wenn der sonst so hoch begünstigte sich so etwas gefallen lassen müsse, so würden gemeine Gläubiger wohl nicht besser daran seyn. Vielleicht lag in diesem Fall die Begünstigung des Fiscus eben darin, daß gegen ihn erst dann jene Vermuthung streitet, wenn drei Jahre nach einander Zahlung geleistet ist; vielleicht streitet gegen gemeine Gläubiger eine solche schon früher, schon dann, wenn auch nur einmal Zinsen u. s. w. bezahlt sind. Aber — alles dies sind doch im Grunde nur Vermuthungen (über die Vermuthung). Der Grund, worauf das Gesetz beruht, ist vom Gesetz selbst nicht angegeben, und wenn es gleich möglich ist, daß dieser Grund in dem, was Ordnung und Gewohnheit mit sich bringen, enthalten gewesen, so kann es doch leicht seyn, daß andere Umstände, oder wenigstens das Zusammenwirken derselben mit jener Wahrscheinlichkeit, den Gesetzgeber bewogen, für den besondern Fall, wovon das Gesetz handelt, eine Rechtsvermuthung einzuführen. Dies zu beweisen, und damit die ganze Stelle des Codex für einen jeden Leser desto besser verständlich seyn möge, sey es erlaubt, über die damalige Steuerverfassung im römischen Staat, nach Hegewisch, Einiges einzuschalten. Die öffentlichen Einkünfte wurden unter den Kaisern nicht mehr, wie zu den Zeiten der freien Republik, verpachtet, sondern verwaltet. (Dies ergiebt schon die Stelle selbst.) In jeder Provinz gab es eine Provinzialcasse, wohin die Steuern von den verschiedenen Einnehmern abgeliefert wurden. Was davon nicht zu den öffentlichen Ausgaben verbraucht ward, lieferte der Vorsteher der Provinzialcasse (Thesaurensium Praefectus) an den Statthalter der Provinz ab, von welchem es wieder an die Hauptstaatscasse des Reichs gesandt ward. Dem ganzen Finanz-

wesen stand der Comes sacrarum largitionum vor, etwa was wir einen Finanzminister oder Generalschatzmeister nennen würden [4]). Von einem Privatgläubiger hängt es ab, ob er dem Schuldner Nachsicht geben will, und wenn er es thut, so geschieht es auf seine Gefahr. Die Einnehmer der Steuern aber waren, andern öffentlichen Beamten untergeordnete, öffentliche Beamte, welche ihre Pflichten verletzten, wenn sie die Abgaben nicht einforderten. Das konnten sie füglich nicht einmal; denn die comites largitionum pflegten strenge darüber zu halten, daß die Steuern durch die Unterbeamten sorgfältig beigetrieben wurden; ja diese waren schon an sich gar die Leute nicht, welche zur Nachsicht besondere Neigung gehabt hätten; vielmehr bewiesen sie sich hart und strenge gegen die Steuerpflichtigen; wenigstens sahen die Kaiser sich genöthigt, manche Verordnungen zu erlassen, um die Provinzialen gegen die Bedrückungen und Erpressungen dieser Leute in Schutz zu nehmen [5]). Die Vermuthung, wovon hier die Rede ist, hatte vielleicht am Ende keinen andern Zweck. Sie gereichte dabei nicht sowohl zum Nachtheil des Fiscus, als vielmehr seiner Beamten, an welche der Fiscus sich halten, und von denen er fordern konnte, was sie eingenommen, oder einzunehmen versäumt hatten, wenn sie nicht eben beweisen konnten, die Steuern seyen noch wirklich rückständig, in welchem Fall die Vermuthung der Wahrheit weichen und der Steuerpflichtige nachbezahlen mußte. Das Triennium übrigens, was verstrichen seyn muß, ist nichts, was dieser Vermuthung eigenthümlich

---

[4]) Hegewisch historischer Versuch über die römischen Finanzen S. 347—49. 355.

[5]) *L.* 1 *et* 2. *C. de exactor. tribut. L.* 1. *C. de superexact. L.* 8. *C. de excuss. muner. Finkelthaus c. l. princ.*

wäre; sondern diese von der Verjährung erborgte Frist finden wir auch in andern ähnlichen Fällen wieder, wo vom Fiscus gar die Rede nicht ist [6]).

Auf die resolutio dubiorum folgen nun die rationes decidendi. An und für sich folgt daraus, daß die jährlichen Abgaben für gewisse Jahre bezahlt sind, nicht, daß auch für vorhergegangene Jahre Zahlung geleistet sey. Es ist dies bloß wahrscheinlich; die bloße Wahrscheinlichkeit, wie dringend sie auch seyn mag, bildet aber noch keine Rechtsvermuthung. Eine solche entsteht erst durch ein besonderes, sie einführendes Gesetz. An einem Gesetz dieser Art fehlt es. Das Gesetz, worauf man sich beruft, redet von einem besondern Fall, und stellt keineswegs die allgemeine Regel auf, daß bei Abgaben, die zu gewissen Zeiten, als alle Jahre, Monate u. s. w. wiederkehren, aus der Zahlung für spätere Zeiträume die gleichfalls geschehene Zahlung für frühere zu vermuthen sey. Es wäre möglich, daß jenes Gesetz nur eine Anwendung einer allgemeinen Regel enthielte, aber ausgemacht ist es so wenig, daß es nicht einmal wahrscheinlich ist, indem nämlich — anderer Gründe, die sich aus dem Vorhergehenden ergeben, nicht weiter zu gedenken — wenn es eine solche allgemeine Regel gegeben hätte, sich davon wohl sonst irgend eine Spur fände, welche doch gänzlich vermißt wird, und weil zweitens selbst die Vorschrift, die das Gesetz wirklich enthält, nicht einmal als Anwendung eines Satzes, der sonst schon Rechtens gewesen wäre, gegeben wird, wenigstens nicht ausdrücklich. Vielmehr scheinen die Worte: *non cogatur — ostendere etc.* das Gegentheil anzudeuten, obgleich freilich neue Rechtssätze in Rescripten

---

[6]) *L. 1. C. de fidei commissis.*

sonst gewöhnlich nicht vorkommen. Jede Rechtsvermuthung enthält eine Abweichung von der Regel des Rechts in Ansehung der Beweislast; wenigstens gilt solches von dieser. Nach der Regel würde, wer die Zahlung der Schuld behauptet, daß sie geschehen, beweisen müssen [7]). Dies Gesetz aber, wovon hier die Rede ist, spricht Schuldner gewisser Art, unter besondern Umständen frei davon. Ein Gesetz nun, was eine Abweichung von der Regel des Rechts enthält, ist auch bei vorhandener Gleichheit des Grundes auf andere Fälle bekanntlich nicht auszudehnen. Manche möchten wohl geneigt seyn, zuzugeben, nach der Theorie sey die Ausdehnung der Rechtsvermuthung, welche die Stelle des Codex in der Materie von Steuern angeordnet hat, verwerflich; sie nehmen indessen ihre Zuflucht zum Gerichtsgebrauch, der diese Ausdehnung nun einmal angenommen habe [8]). Wie es mit diesem Gerichtsgebrauch, der durch die Zeugnisse der Rechtslehrer nicht hinlänglich erwiesen wird, stehen mag, darüber habe ich keine Erfahrung. Zwar finden sich in den Schriften von Finkelthaus und Leyser Urtheilssprüche angeführt, worin die Rechtsvermuthung der Frage als allgemein gültig angenommen worden; ob es aber einen wirklichen, entschiedenen, standhaften und allgemeinen Gerichtsgebrauch über diesen Punkt im Deutschen Reiche giebt, das lasse ich billig dahin gestellt seyn. Mir war es nur um die Theorie zu thun.

---

[7]) *L. 12. D. probat. L. 1. C. de probat. L. 7. § ult. D. de curat. fur.*

[8]) Siehe z. B. Günther a. a. O.

IX.

Zur Lehre vom Eigenthum.

(Während des Drucks.)

a) Das Mährchen von der Luftsäule.

Nicht ohne eine gewisse Zufriedenheit sprechen die Rechtsgelehrten von einer gewissen Luftsäule, die ein Gegenstand des Eigenthums seyn soll, und worauf sie sich, wie es scheint, sogar etwas zu Gute thun. Es soll nämlich die Luftsäule, die über einem Grundstück steht, demjenigen gehören, dem das Grundstück gehört. Soll mich der Himmel bewahren, daß ich armen Leuten noch das Wenige, was sie von dieser Art haben, nehmen sollte; aber, wenn es geschieht, in diesem Fall wird es ein Gewinn für sie seyn.

Die Luft ist bekanntlich ein gemeinschaftliches Gut für alles, was da lebt, und besonders für alle Menschen; sie ist nach Grundsätzen des Römischen Rechts res communis und befindet sich weder im Ganzen, noch theilweise im Eigenthum eines Menschen, eben so wenig, wie das Meer oder das Ufer des Meers oder das fließende Wasser. Wenn man auch einzelne kleine Theile davon sich zueignen kann, so kann man doch nicht sagen, daß die Luft sich auch ohne Occupation, daß sie sich schon von selbst im Eigenthum befinden sollte. Auch diese, unaufhörlich dem Wechsel und den Veränderungen unterworfene Luft, die über unserem Grundstück nicht sowohl steht, als vielmehr, bald mehr, bald weniger schnell, darüber hinfließt, diese sehr uneigentlich sogenannte Luftsäule verschmäht unsere Herrschaft und gehört

uns nicht. Sie macht von der Regel, daß die Luft res communis sey, keine Ausnahme, wiewohl die Rechtsgelehrten die Sache so darzustellen pflegen.

Aber, wäre es nicht billig, daß ich den Rechtsgelehrten für das, was ich ihnen auf diese Art nehme, etwas anderes wiedergäbe, etwa für die Luftsäule — den Raum? Was hülfe auch dem Eigenthümer jene ohne diesen und hat er nur diesen, wird ihm jene, soviel er ihrer bedarf, von selbst nicht fehlen.

Allein der Raum ist, gleich der Zeit, — wie unsere Weisen lehren, — ein ens reale et substantiale [1]). In der That wird dadurch bloß die Möglichkeit angedeutet, daß an einem gewissen Ort ein Körper seyn könne, und diese Möglichkeit denken wir uns überall als vorhanden, wo sich nicht bereits ein Körper befindet, der den Raum einnimmt, bis er von einem anderen stärkeren verdrängt wird oder ihn von selbst verläßt. Also kann auch der Raum kein Gegenstand des Eigenthums seyn.

Auch findet sich im Römischen Recht überall keine Spur davon, weder, daß die über unserem Grundstück stehende Luftsäule, noch daß der Raum über unserem Grundstück, unser Eigenthum sey. Das Erstere ist nicht möglich, da, wie gesagt, nach Römischem Recht die Luft res communis ist, und das Letztere wird jeder schon deshalb unglaublich finden, weil die Schule der Philosophen, die, bis sie durch die Aristotelische verdrängt ward, auch bei den Rö-

---

[1]) S. Krug's philosophisches Lexicon unter diesem Wort.

Römern die herrschende war, den Raum für etwas Wesenloses erklärte [2]).

Indessen können wir uns die Sache bildlich so vorstellen, daß der Raum über unserem Grundstück uns gehöre, als wäre das Grundstück in die Höhe ins Unendliche ausgedehnt. Selbst im Römischen Recht kommen ähnliche Ausdrücke vor. So heißt es in Beziehung auf eine Grabstätte, auch der Himmel über dem Grabe gehöre zum Grabe [3]), und ferner, wenn der Nachbar zu unserem Nachtheil einen neuen Bau unternimmt, so komme es darauf an oder könne darauf ankommen, nicht bloß die Grundfläche, sondern auch den Himmel darüber zu messen d. h. die Länge und Breite des Raums zu bestimmen [4]). Aber, das alles sind doch bloß Bilder und Redensarten, deren man sich auch sonst wohl bedient, weil man darauf rechnen kann, von jedem verstanden zu werden, ohne nöthig zu haben, sich mit ängstlicher Genauigkeit auszudrücken, und die nebenher die Phantasie angenehm erregen und daher Gefallen erwecken, die man aber besonders hier auch nicht gut entbehren kann, wie ich selbst, während ich diese Abhandlung schrieb, bemerkt habe [5]). Die Wahrheit ist, daß vermöge unseres Rechts am Grundstück, dessen Benutzung dadurch mehr oder weni-

---

[2]) S. Tiedemann System der stoischen Philosophie, zweiter Theil, S. 19.

[3]) *L. ult. § 4. D. quod vi.* Si quis projectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit: etiam si ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit: quia sepulchri sit non solum is locus, quia recipiat humationem, sed omne etiam supra id coelum: eoque nomine etiam sepulchri violati agi posse.

[4]) *L. 21. § 2. D. quod vi.* In opere novo tam soli, quam coeli mensura facienda est.

[5]) Ich weiß wohl, daß das

ger gehindert, beeinträchtigt oder gestört werden würde, wir nicht nöthig haben, zu leiden, daß irgend etwas auf dem Grundstück sey, wodurch es, in größerer oder geringerer Ausdehnung und Höhe, bedeckt wird, daß Niemand außer uns berechtigt ist, auf oder über dem Grundstück weder zu seyn, noch etwas dahin oder hindurch zu schicken, zu werfen u. s. w. oder, etwas daselbst zu haben, was auf dem Grundstück ruhte oder darüber schwebte u. s. w. [6]). Und dies können wir, ohne dabei an ein wirkliches Eigenthum zu denken, wiewohl es eine Folge unseres Eigenthums (am Grundstück) ist, kurz so ausdrücken: Der Raum über unserem Grundstück ist unser Gebiet. Das versteht ein jeder und damit können wir überall bestehen. Dies Gebiet ist ein gegen alle fremde Einwirkung durch das Gesetz geschützter heiliger Bezirk und dabei von solcher Ausdehnung, als wäre der Boden nach allen Seiten hin an den äußersten Enden mit undurchdringlichen Schranken umschlossen, die bis an den Himmel reichten. In wenig Worten kann man dies mit dem Pisanischen Rechtsgelehrten **Chesius** also ausdrücken: Dominus solum usque ad coelum liberum habere debet [7]). Sehr gut ist auch, was **Westphal** [8]) hierüber sagt:

Wort coelum, welches in jenen Stellen und sonst vorkommt, auch Luft bedeutet. Aber die Luft **messen**? — Der Ausdruck: coelum, kann hier doch nur für **Raum** (über dem Grundstück) und wenn auch für **Luft**, doch immer nur als **Bild** gebraucht seyn.

[6]) L. 11. C de serv. L. 16. D. de serv. praed. rust. L. 11. pr. L. 22. § 3. D. Quod vi. L. 17. pr. D. Si serv. vind. L. 5. § 8. D. de operis novi nunc. L. 6. § 2. Arborum furtim caesarum. L. 2. D. de arbor. caed.

[7]) *Chesii* interpret. jur. lib. 2. cap. 7. nr. 5. (*Heinecci* jurispr. Rom et Att. tom. 2 p. 366)

[8]) de libertate et servitutibus praediorum § 33.

Non tantum aream alienam attingere interdictum est, sed et aerem ejus et coelum aedificio suo vicino ita implere, ut fundo alterius impendeat. Debet omne, quod fundo nostro superjacet, spatium ab opere alieno relinqui liberum, quia ipsius alias fundi utilitas coarctatur, dum pluviae, roris aliaque naturae beneficia intercipiuntur, plantandi, aedificandi, sursum spectandi opportunitas adimitur, et ab impendentis molis casu quandoque metuendo imminens periculum fundi dominum onerat.

Jener Grundsatz bezieht sich nicht bloß auf Privatgrundstücke, sondern gilt auch, wie wir bereits gehört haben, von der Grabstätte, gilt auch, wenn das Solum *publicum* ist. Wem das Solum auch gehören oder unter welchen Rechtsverhältnissen es stehen mag, überall gilt der Grundsatz, den das Römische Recht aufstellt: *coelum supra solum liberum esse debet* [9]).

Nur mit Erlaubniß dessen, der über das Grundstück zu sagen hat, kann ein anderer in diesen Bezirk eindringen oder etwas auf oder über dem fremden Grundstück haben.

Gesetzt nun, der eine Nachbar hat dem anderen erlaubt, auf oder über seinem Grundstück etwas zu haben, darf dann der Eigenthümer des Grundstücks hin über das, was der Nachbar hineingebauet hat, wieder etwas bauen, ohne Erlaubniß des Nachbarn? Z. B. der Nachbar hat sein

---

9) *L. 1. pr. D de serv. praed. urb.* Si intercedat solum publicum, vel via publica, neque itineris, actusve, neque altius tollendi servitutes impedit, sed immittendi, protegendi, prohibendi: item fluminum et stillicidiorum servitutem impedit: quia coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.

Dach über das Grundstück hineinragen, darf der Eigenthümer des Grundstücks ihm durch Ueberbauen schaden, darf er ihm freie Luft, Licht, Sonne entziehen, darf er, wenn er mit dem Bau nur die Grenzen seines Grundstücks nicht überschreitet, z. B. ein Dach über dies Dach hinüberragen lassen, daß die Tropfen auf das Dach des Nachbarn fallen? Dieser Fall kann wohl vorkommen. Beim Bauen sind die Leute um die Systeme der Rechtsgelehrten sehr unbekümmert, sie bauen so durch einander, besonders in Städten, wo der Raum enge ist, daß der Rechtsgelehrte oftmals in nicht geringer Verlegenheit ist, wie er sich hier heraus finden soll.

Sieht man die Luftsäule als dem Eigenthümer gehörig oder den Raum als sein Eigenthum an, so hat er durch jene dem Nachbarn ertheilte Erlaubniß nur einen Theil seines Eigenthums aufgegeben und es ist nicht abzusehen, warum er nicht über den übrigen, nicht aufgegebenen, nach wie vor seine Herrschaft ausüben könnte, wenn diese Ausübung auch mit nachtheiligen Folgen für den Nachbarn verknüpft ist. Es müßte also die aufgeworfene Frage — da durch das Ueberbauen über die Ueberbaute die eingeräumte Servitus an sich nicht beeinträchtigt wird — zum Vortheil desjenigen beantwortet werden, dem das Grundstück und folglich auch die sogenannte L u f t s ä u l e, oder vielmehr d e r R a u m ü b e r d e m G r u n d s t ü c k, gehört.

Aber nun hat er bloß ein Recht, vermöge dessen er nicht nöthig hat, zu leiden, daß ein anderer etwas über seiner Grundfläche haben oder bauen dürfe und dies Recht hat er durch Einräumung jener Servitus *in tantum* verloren und der Nachbar, der dies Recht erlangt hat, hat nun an seinem Theil ein Recht, vermöge dessen er nicht nöthig hat, zu leiden, daß über den Anlagen, die er gemacht hat,

ein anderer etwas haben oder bauen dürfe. Der Rechtssatz ist: *supra solum* ist mein Gebiet, wohin Niemand ohne meinen Willen eindringen darf und dieser Satz, der sonst dem Nachbarn im Wege steht, diesmal kommt er ihm zu gute. Das Gebäude, die Anlage des Nachbarn macht nun das Solum aus, über welches kein anderer und namentlich nicht der Eigenthümer des unteren Soli etwas hinüberragen lassen oder bauen darf. Auch er darf sagen, der Himmel über meinem Bau ist mein Himmel und dieser Himmel muß frei bleiben.

Anders ist es, wenn die Natur der Servitus es schon mit sich bringt, daß er etwas darüber haben dürfe, wie dies der Fall ist, wenn der Nachbar das Recht hat, einen Balken in die Wand des Nachbarn zu schieben. Hier ist ihm gleich Anfangs nur ein Recht mit jener Einschränkung eingeräumt. Das Recht des Nachbarn geht gerade nur dahin, daß er, von dem Bau des Nachbarn belastet, einen Balken über seinem Grundstück, in seiner Wand haben darf. Der Eigenthümer des dienstbaren Hauses besitzt nun in dem Theil seines Hauses oder seiner Mauer, welcher auf dem Bau des Nachbarn lastet, das Solum, über welchem der Himmel frei bleiben muß.

---

b) Ueber das Recht des Eigenthümers, Fenster in der eigenen Wand anzulegen, und des Nachbarn, sie zu verbauen.

Der Grundsatz, daß kein Nachbar bei Bauten in das Gebiet des Nachbarn hinüberschweifen dürfe, ohne Erlaub-

niß desselben, kann namentlich in Betrachtung kommen bei Anlegung von Fenstern. Wiewohl wir dem Nachbarn nach Römischem Recht nicht wehren können, Fenster, Luken, oder gar Thüren in der eigenen Wand zu haben, wenn sie auch unmittelbar an unser Grundstück stößt [1]), so dürfen diese Fenster u. s. w. doch nicht nach unserer Seite geöffnet werden; es würde dies ein Immittere in sich schließen und der Nachbar sich dadurch eine Servitus projiciendi oder doch etwas Aehnliches annaßen. Der Nachbar kann daher, wie es scheint, wohl begehren, daß die Fenster oder Thüren gleich Anfangs so angelegt werden, daß sie nach seiner Seite gar nicht geöffnet werden können, indem sie z. B. einwärts schlagen [2]). Wenn die Fenster, wie gewöhnlich, so angelegt werden, daß sie geöffnet werden können, so giebt der Nachbar dadurch deutlich genug zu erkennen, daß er sie öffnen wolle und sich das Recht beilege, sie zu öffnen und der Nachbar kann darauf antragen, daß ihm dies gewehrt werde, und dies kann nicht anders und wenigstens nicht besser geschehen, als wenn er die Fenster so einrichtet, daß sie gar nicht geöffnet werden können, wenigstens nicht nach der Seite des Nachbarn *). Ich habe auch schon früher er-

---

[1]) Meine Lehre vom Eigenthum. Greifswald 1817, § 3.

[2]) S. auch Bülow und Hagemann pract. Erört. Bd. 6. Han. 1818. S. 80.

*) Daß kein Eigenthümer, wenn auch an der eigenen Wand, Fensterladen, Luken u. d. m. über dem Gebiet des Nachbarn in dessen Himmel hängen lassen dürfe, versteht sich. Daß aber dieser Eigenthümer, wenn er bisher ein solches Recht ausgeübt hat, eine Servitus nicht sollte erwerben können, vermöge deren der Nachbar leiden müßte, was er sonst zu leiden nicht nöthig gehabt hätte, und zugleich seine Baufreiheit eingeschränkt würde, so daß er in Folge der Servitus auch

wähnt, daß statutarische Gesetze dem Nachbarn das Recht, Fenster in der eigenen Wand anzulegen, in dem Fall entziehen, wenn diese Wand unmittelbar an das Grundstück des Nachbarn — seinen Hof oder Garten — stößt [3]). Da-

---

nicht thun dürfte, was er zu unterlassen sonst nicht nöthig gehabt hätte, möchte ich eben nicht behaupten. Die Baufreiheit wird freilich bloß dadurch nicht verloren, daß der Eigenthümer bisher keinen Gebrauch davon gemacht hat, wohl aber kann sie durch eine Servitus, die dem Nachbarn zusteht und die der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks nicht beeinträchtigen darf, Einschränkungen erleiden, und diese Servitus kann nicht nur durch ausdrücklichen Vertrag u. s. w, sondern auch durch Verjährung erworben werden. Dies wird verwechselt und alles durcheinander geworfen bei Bülow und Hagemann a. a. O. Nr. 3. S. 82. Wenn man duldet, was man dem Nachbarn verbieten kann, so kann dies allerdings die Folge haben, daß man mit dem Ablauf der Zeit das Recht verliert, es zu verbieten und daß der Nachbar auf unserem Gebiet, in unserem Himmel ein Recht auszuüben hat, wodurch wir an der freien Herrschaft über unser Grundstück, unseren Himmel gehindert werden. Man kann sagen, die Servitus, die an sich selbst nur in patiendo besteht, diese bestehe, wenn man auf ihre Folgen sieht, zugleich auch in non faciendo.

3) Meine Lehre vom Eigenthum § 3. Das Lübische Statut thut dies jedoch in der dort angeführten Stelle den Worten nach nicht, sondern will nur, daß, wenn gebauet wird, alles so bleiben soll, wie es vor Alters gewesen ist; wobei vielleicht das Gesetz des Kaisers Zeno, dessen ich weiterhin im Text erwähnen werde, zum Grunde liegt. Indessen wird die Stelle mit Art. 7. deff. Titels in Verbindung gebracht und so ausgelegt, daß sie von Bauten nach der Seite des Nachbarn zu verstehen sey. S. *Baleke* de differentiis juris communis, Lubecensis et Rostochiensis in materia luminum (in meines verstorbenen Vaters thesaurus juris Lub. tom. 1. p. 114. und folg.) § 12.

bei ist wohl nicht bloß die Absicht, zu verhüten, daß der Nachbar uns nicht beobachten kann — denn dies ist auch in der Entfernung möglich — sondern es sollen wohl manche andere Mißbräuche dadurch verhütet werden. Sind nämlich die Fenster u. s. w. erst da, so können sie, wenn auch nur nach innen, leicht geöffnet werden. Man kann, wenn der Nachbar nicht zur Stelle ist, den Kopf hinausstrecken und die Arme, die vielleicht sehr lang sind; man kann auch aus dem Fenster steigen, namentlich zur Zeit der Nacht, auf den Hof des Nachbarn oder in den Garten gehen, diesen Streifzug auch wohl noch weiter fortsetzen, sich im Hause umsehen und aus Versehen dieses oder jenes in die Tasche stecken; endlich kann man auch Sachen, die einem im Wege sind, aus den Fenstern werfen hin auf das Gebiet des Nachbarn u. s. w. Wenn aber dem Nachbarn nicht schon das Gesetz zu Hülfe kommt, so befindet er sich doch in der Lage, sich selbst noch besser helfen zu können. Niemand kann ihm verbieten, auf seinem Gebiet eine Wand aufzuführen gerade und dicht vor dem Fenster des Nachbarn in einer beliebigen Höhe oder, wenn ihm das zu kostbar ist, eine sonstige Vorrichtung aufzustellen, die es dem Nachbarn unmöglich macht, aus dem Fenster zu sehen oder zu steigen, welches alles dem Nachbarn, soweit er sich damit auf seinem Gebiet hält, ganz unverwehrt ist. Es sind dies freilich Dinge, die sich von selbst verstehen und keiner Bestätigung durch die Aussprüche der Rechtsgelehrten bedürfen. Es wird daher genug seyn, zu bemerken, daß sie meines Wissens nicht widersprechen und bloß in dieser Hinsicht und zum Beweise dessen mag statt aller **Mevius** seine Stimme abgeben. Es bemerkt **Mevius**: Uti autem fenestras in suo conficere, unicuique liberum: ita et vicino licet, e contra aedificando

easdem obscurare et occludere in totum et pro parte [4]).

Das Recht, in diesem Fall, gleichsam zu seiner Vertheidigung, zu bauen, könnte dem Nachbarn in seinem ganzen Umfange oder in seiner vollen Stärke nur dann streitig gemacht werden, wenn ihm überhaupt das Recht nicht zustände, dem Nachbarn das Licht und die Aussicht zu verbauen. Die Stellen des Römischen Rechts, die man für das Daseyn eines solchen Rechts anzuführen pflegt [5]), reden den Worten nach nur von Fällen, da Jemand höher bauen will; hingegen vom Bauen an der Grenze und namentlich von Aufführung einer Wand hart an der Wand des Nachbarn ist nicht die Rede. Dadurch, daß der Nachbar sein nahes, nicht dicht anstoßendes, Gebäude erhöht, wird dem unsrigen das Licht verringert, aber auch nur verringert. Es läßt sich also aus diesen Stellen nicht gerade beweisen, daß der Eigenthümer befugt seyn sollte, dem Nachbarn das Licht und die Aussicht — besonders das erstere — gänzlich zu entziehen. Indessen bedarf jener Satz auch keines Beweises; denn er folgt aus dem Eigenthum und aus dem durch die Gesetze anerkannten Recht des Eigenthümers, auf seiner Grundfläche nach Gefallen zu bauen und selbst mit dem Schaden des Nachbarn zu bauen, dem dadurch bloß Vortheile entgehen, die er bisher genossen hat – und zwar dadurch genossen hat, daß der Eigenthümer von seiner Baufreiheit keinen oder nicht den vollen Gebrauch gemacht hat, den er davon hätte machen können — auf deren ungehemmte Fortdauer er aber kein Recht hat Indem er auf

---

[4]) *Mev.* Com. ad jus Lub. lib. 3. tit. 12. art. 13. nr. 11.

[5]) L. 9. D de serv. praed. urb. L. 8 et 9. C. de serv.

seiner Erdfläche bauet, nimmt er dem Nachbarn nichts; dieser kann seinetwegen die Fenster nach wie vor in der eigenen Wand haben; er bauet bloß in seinem Raum, unbekümmert um die Folgen, die aus der Ausübung seines Rechts, ohne daß er es hindern kann, entspringen und die ihm, wenn dies den Nachbarn trösten kann, vielleicht selbst unlieb sind. Der Nachbar hat ihn nicht um Erlaubniß gefragt, als er die Fenster dort anlegte, es bedurfte auch dieser Erlaubniß nicht, er konnte es ihm nicht wehren und der Nachbar hat dadurch, daß es ihm nicht gewehrt ist, kein Recht erwerben können, da dem Nachbarn kein jus prohibendi gegen ihn zustand. Das Recht des Eigenthümers, auf seinem Grundstück, wenn er nur die Grenzen desselben nicht überschreitet, nach Gefallen zu bauen, welches sich bei dem einen Nachbarn äußert, indem er in der auf der Grenze stehenden Wand Fenster anlegt, äußert sich bei dem anderen, indem er eine andere Wand daran stoßen läßt, wodurch ihm diese Fenster verbauet werden. Beide müssen sich dies gleiche Recht (nach Gefallen zu bauen, jeder auf seinem Gebiet) wechselseitig einräumen und keiner kann es dem anderen durch einseitige Handlungen, nämlich dadurch, daß er auf dem eigenen Gebiet diese oder jene Anlagen macht, entziehen.

Da dem nun so ist, so bedarf das Recht des Nachbarn, dem Nachbarn die Fenster zu verbauen und ihm das Licht nicht nur zu schmälern, sondern auch gänzlich zu entziehen, keiner Bestätigung durch Stellen des Römischen Rechts, durch Stellen, die von allgemeinen Grundsätzen auf diesen besonderen Fall die Anwendung machten. Es wäre sogar, um für jetzt nur dieses Ausdrucks mich zu bedienen, möglich, daß ein uneingeschränktes Recht, dem Nachbarn das Licht zu entziehen, dem Römischen Recht nicht gemäß

und in der Römisch-Justinianeischen Gesetzsammlung, wie sie ursprünglich war, nicht gegründet gewesen; für uns kann es genug seyn, daß es keine Stelle im Römischen Recht, soweit es als Gesetz zu uns gekommen ist, giebt, welche das Recht des Eigenthümers, auf seinem Grundstück zu bauen, in dieser Hinsicht im Allgemeinen einschränkte.

Es giebt indessen mehrere Stellen, welche dergleichen Einschränkungen zu enthalten scheinen und in welchen die Rechtsgelehrten sie auch gefunden haben. Allein sie lassen sich alle aus dem Wege räumen.

Zuerst findet sich im Codex ein Gesetz des Kaisers Zeno, welches das Bauwesen im Römischen Reich betrifft, sehr lang und in dem Punkt, worüber ich reden will, nach meinem Urtheil schlecht ist. Der Kaiser verordnet: Wer alte Häuser ausbessern oder neu aufführen will, der soll an der alten Gestalt des Gebäudes ohne Erlaubniß der Nachbarn nichts verändern und ihnen das Licht und die Aussicht nicht verbauen. Seine eigenen Worte sind:

L. 12. § 1. C. de aedificiis privatis.

Et nos itaque praecipimus, ut qui proprias domos renovare cupiunt, non solum veterem formam non excedant, (sicut nec hi qui novas aedificant) aut lumen, vel prospectum vicinis auferant, adversus ea quae pridem constituta sunt: verum etiam addimus, quale jus is qui aedificat habere debeat, cum facultatem habet ex pacto, vel stipulatione mutandae, si velit, veteris formae. Tunc enim sancimus, ut si pactum vel stipulatio aedificanti suffragetur, liceat ipsi secundum vim pacti et stipulationis aedificare, etiamsi officere vicinis quibus pactum adversatur, ita aedificando videatur.

Unter der vetus forma ist den Auslegern zufolge die Gestalt zu verstehen, die das Haus über Menschen Denken gehabt hat, weil der Ausdruck *vetustas* überhaupt eine unvordenkliche Zeit bedeutet [6]). Andere bringen die L. 1. C. de serv. et aqua hiermit in Verbindung und denken an ein tempus longum von zehn oder zwanzig Jahren [7]).

Glücklicherweise bedient sich Zeno solcher Ausdrücke, daß man annehmen darf, es beziehe sich dies Gesetz bloß auf Constantinopel; aber die Freude dauert nicht lange; gleich hinterher ein Gesetz des Kaisers Justinian, wornach dies Gesetz des Kaisers Zeno auf das ganze Römische Reich zu beziehen ist. Es würde also an der heutigen Gültigkeit des Gesetzes nicht zu zweifeln seyn — wenn es für Deutschland jemals gültig gewesen wäre.

Aber, das Schicksal hat diesmal besser für uns gesorgt, als Zeno und Justinian. Denn jenes Gesetz ist in Deutschland nie Gesetz geworden; die Glosse erkennt es nicht an; sie begnügt sich vielmehr, zu dem eben erwähnten Gesetz, welches jetzt nur geschichtlichen Werth hat, die Anmerkung zu machen: *Sed ubi est* sc. lex Zenonis?

Sie ist nun zwar wieder da, diese lex Zenonis — besser wäre sie der Welt unbekannt geblieben — aber sie hat keine Kraft mehr. Daher rührt es nun wohl, verdient aber keinen Tadel, wenn die meisten Ausleger das Gesetz des Zeno mit Stillschweigen übergehen; daher sind die Versuche, das Gesetz durch Auslegung unschädlich zu machen, nunütz. Jeder sieht leicht, daß Zeno's Gesetz wirklich die

---

[6]) *Godofredus* ad L. 1. C. de serv. et aqua. nota g.

[7]) *Baleke* de differentiis juris communis, Lub. et Rost. in materia luminum § 21 et 23.

Baufreiheit überhaupt auf eine unbillige, lästige und schädliche Art sehr beschränken würde. Wenn auch vielleicht nicht in Aufführung neuer Gebäude, wo bisher keine gewesen, doch wenigstens, wenn zum Schaden des Nachbarn ein Gebäude anders eingerichtet oder neu aufgeführt werden sollte, als es vor Alters gewesen, würde jenes verderbliche Gesetz der Baufreiheit unbillige Schranken setzen.

Das Gesetz des Zeno kann also bei Seite gelegt werden. Es giebt aber zwei andere Stellen der Pandecten, die jenen Grundsatz zu erschüttern scheinen und vermöge deren manche geglaubt haben, die Freiheit des Eigenthümers, dem Nachbarn das Licht zu verbauen, sey nicht so uneingeschränkt, wie man aus allgemeinen Grundsätzen anzunehmen berechtigt ist. Der Nachbar dürfe, lehrten sie, dem Nachbarn die Fenster nicht völlig verbauen, sondern es müsse ihm soviel Licht übrig bleiben, als zur Erhellung des Zimmers zur Nothdurft erforderlich sey. Im Grunde heißt das, jene Freiheit gänzlich aufheben; denn auf mehr Licht, als nöthig ist, wird der Nachbar ohnehin so leicht keine Ansprache machen.

Die erste (weitläuftige) Stelle — L. 10. D. de serv. praed. urb. — rührt von Marcellus her, welcher in den Schlußworten, die hier anzuführen genug seyn wird, jene Ansicht zu bestätigen scheint. Sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, spricht Marcellus, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione. Es ist hier von dem Fall die Rede, da der Erbe das ererbte Haus höher bauen will, wodurch dem vermachten Hause das Licht verdunkelt oder vielmehr verringert wird, und es entsteht die Frage, ob er das dürfe.

Marcellus entscheidet diesen Fall auf die angeführte Art.

Allein schon Leyser [8]) hat bemerkt, daß diese Stelle nicht allgemein sey, sondern von einem besonderen Fall rede, indem es darnach nur dem Erben nicht erlaubt sey, dem vermachten Hause das Licht völlig zu entziehen, damit das Vermächtniß von demjenigen, der es selbst entrichtet hat, nicht wiederum vernichtet oder unnütz gemacht und die wohlthätige Absicht des Erblassers gegen den Vermächtnißnehmer nicht vereitelt werde. Die Stelle giebt nach Leyser nur eine Beschränkung jenes Grundsatzes, nur eine Ausnahme von der Regel an die Hand, und weit entfernt, die Regel umzustoßen, dient sie nur, dieselbe zu bestärken.

Es mag hier dahin gestellt bleiben, ob Marcellus eine Regel anwenden oder, wie Leyser glaubt, eine vorhandene einschränken wollte; für uns kann es genug seyn, daß wir nicht berechtigt sind, aus einer Stelle, die von einem besonderen Fall spricht, eine allgemeine Regel abzuleiten.

Was die zweite Stelle — L. 24. D. de serv. praed. urb. — betrifft, so ist die Auslegung derselben jenem Schriftsteller so völlig mißlungen, daß man kaum begreift, wie er nur darauf verfallen konnte; die Stelle rührt von Paulus her und lautet folgendermaßen:

> Cujus aedificium jure superius est, ei jus est in infinito supra suum aedificium imponere: dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent.

Es ist hier die Rede davon, daß Jemand vermöge

---

[8]) spec. 107. med. 3.

einer ihm eingeräumten Dienstbarkeit oder jure servitutis nicht auf der Erdfläche, sondern auf dem Gebäude des andern ein Gebäude, auf dem Gemäuer desselben ein Gemäuer u. s. w. aufgeführt hat und es wird ihm das Recht beigelegt, dies Gemäuer u. s. w. in infinitum zu erhöhen; seine Baufreiheit hat an sich keine Schranken; er darf nur dem dienstbaren Gemäuer keine größere Last aufbürden, als es tragen kann; wobei, wie es scheint, der Grundsatz zur Anwendung kömmt: Servitute civiliter est utendum. Unter dem Gebäude, was *superius* est, kann hier kein anderes verstanden werden, als quod *supra alienum aedificium* superius est, wie auch die nächstfolgende Stelle deutlich ergiebt, und unter dem Gebäude, was *jure* superius est, kein anderes, als, was der Eigenthümer mit Recht, also *jure servitutis* — von Servituten ist ja hier die Rede — über dem fremden Gebäude haben darf, so daß der Sinn kein anderer seyn kann, als der angegebene, und Leyser, der die Stelle auf die Verordnung des Justinian bezieht, wornach wir durch Bauen der Tenne des Nachbarn den zur Reinigung des Getraides nöthigen Luftzug nicht nehmen dürfen [9]), hätte nicht nöthig gehabt, soweit im Codex vergebens zu suchen, um den Sinn einer Stelle zu finden, die jenen Grundsatz von der Baufreiheit, die aus dem Eigenthum hervorgeht, ganz unangetastet läßt, indem sie uns nur nicht erlaubt, von einem jus servitutis einen schonungslosen, das dienstbare Grundstück zerstörenden Gebrauch zu machen, oder einen Gebrauch, wodurch es für den Eigenthümer unnütz gemacht wird.

---

[9]) L. 14. § 1. C. de serv. et aqua.

Wir sehen also, der Grundsatz, daß wir dem Nachbarn das Licht und die Aussicht verbauen dürfen, erhält sich. Die Stellen, die dagegen angeführt werden, schaden ihm nicht. Unter ihnen würde das Gesetz des Zeno der Baufreiheit sehr enge Schranken setzen, aber es gilt nicht; bei den anderen beiden Stellen tritt der entgegengesetzte Fall ein; sie gelten, aber sie sind — außer in einem besondern Fall das eine — der Baufreiheit nicht hinderlich; dort ist es das Daseyn des Gesetzes, hier der Inhalt, den wir verwerfen.

Zugleich wird durch die zuletzt angeführte Stelle bestätigt, was am Schluß der vorigen Abhandlung gelehrt ist, daß nicht bloß dem Eigenthümer der Erdfläche, sondern auch demjenigen, der mit seiner Erlaubniß, sey es unmittelbar, sey es, wie im zuletzt erwähnten Fall, mittelbar, darüber gebauet hat, der Himmel nicht verbauet werden darf. Auch für ihn gilt der Grundsatz: cujus est solum, ejus est coelum. Ihm gehört nun dieser Himmel; wie dürfte er sonst nach Gefallen darin bauen? Er darf seine Gebäude in die Höhe nach Gefallen erweitern: er darf bauen, so hoch er will. Dieses Recht ist an und für sich ohne Schranken, und wenn er keinen vollen Gebrauch davon machen darf, so liegen diese Schranken, wenn ich so sagen darf, in der Natur der Unterlage. Er darf an sich nach oben bauen und, wenn er es nicht darf, ist es deshalb, weil sich die Wirkungen nach unten verbreiten.

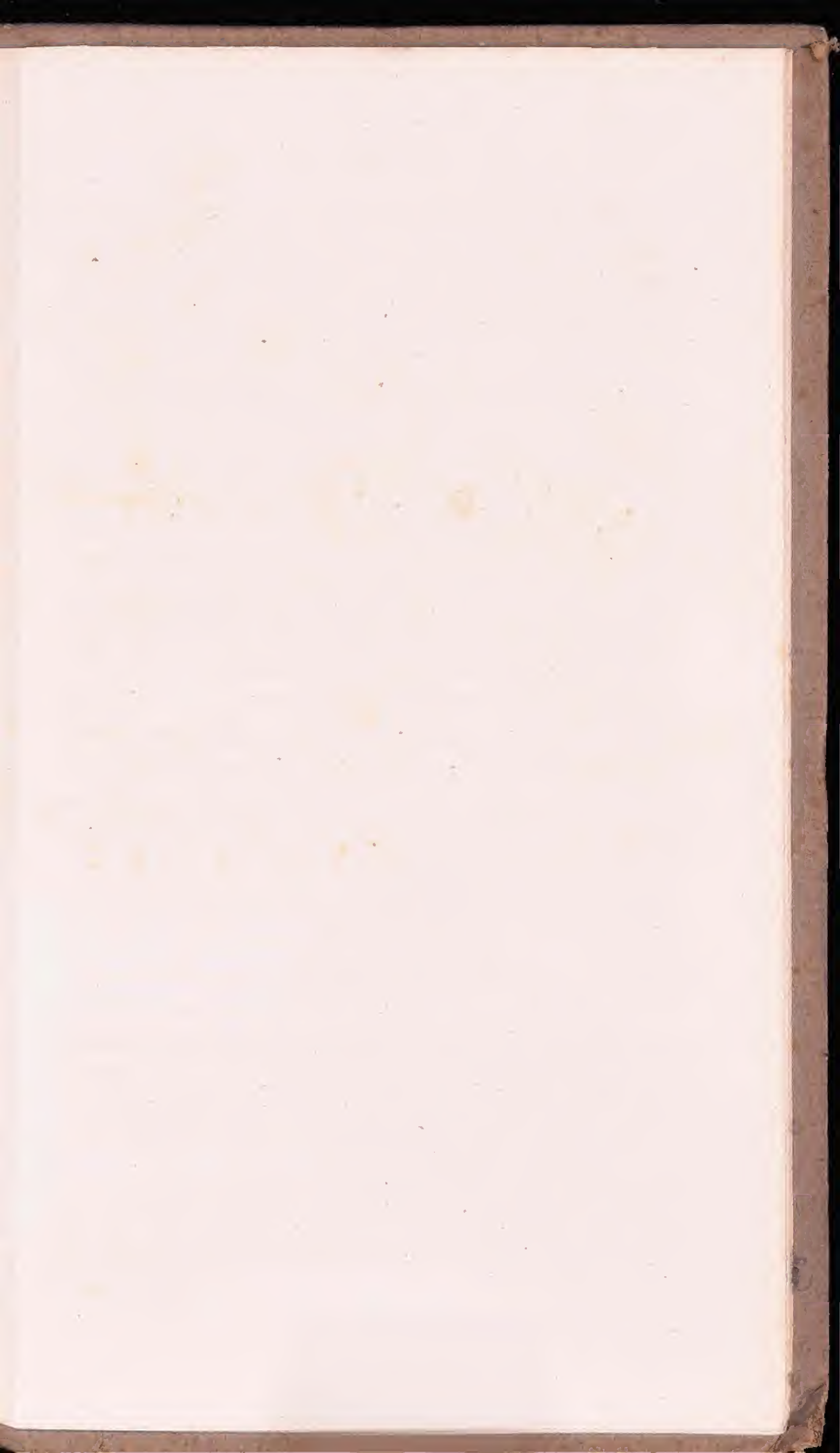
Berlin, gedruckt bei A. W. Hayn.

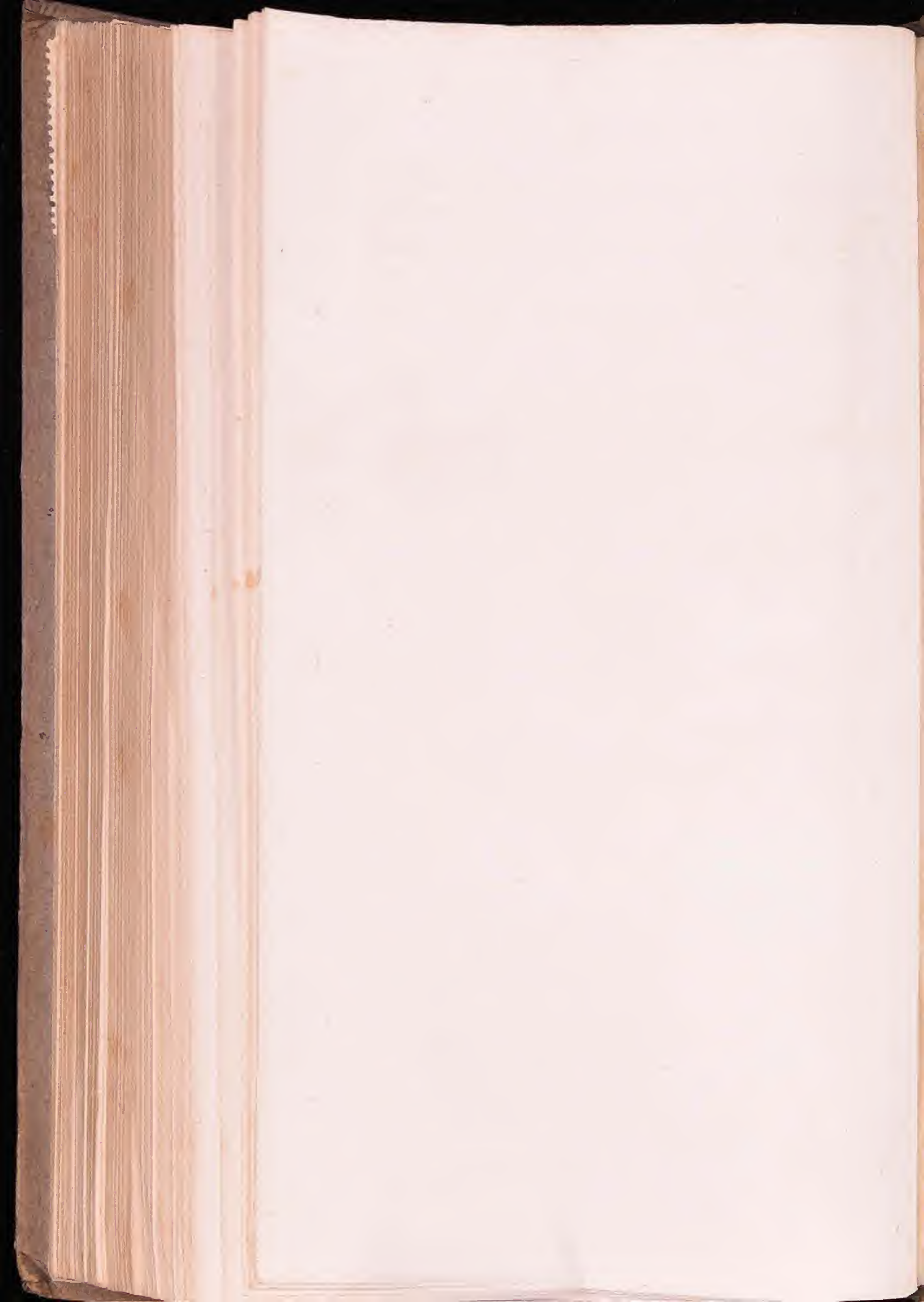
Bemerkte Druckfehler im zweiten Theil.

Seite 18 Zeile 12 von oben statt mannlich lies mündig.
— 26 — 8 v. o. st. nur einmal l. nun einmal.
— 35 — 10 v. u. st. von den eigentlichen l. von eigentlichen.
— 41 — 4 v. u. st. heyrathen l. Heyrathen.
— 47 — 4 v. u. st. bewähren l. berühren.
— 103 — 4 v. o. st. zur Festhaltung von Rechtsverhältnissen l. zur Feststellung von Rechtsverhältnissen.
— 128 — 4 und 5 v. o. ist zwischen den Worten das ältere und hat Gelegenheit gehabt das Wort: Ich einzuschalten.
— 147 Note 10 Zeile 1 v. o. st. das l. daß.
— 166 Zeile 1 v. o st. bei l. an.
— 192 — 5 v. u. st. wenn l. wann.
— 198 — 7 v. u. st. Rententionsrecht l. Retentionsrecht.
— 222 — 1 v. u. st. hiezu l. hinzu.
— 245 — 12 v. o. ist zwischen den Worten: solche Sache das Wort: eine vorzusetzen.
— 250 — 6 v. u. st. Zeugen l. Zungen.
— 254 — 5 v. u. st. bereit l. breit.

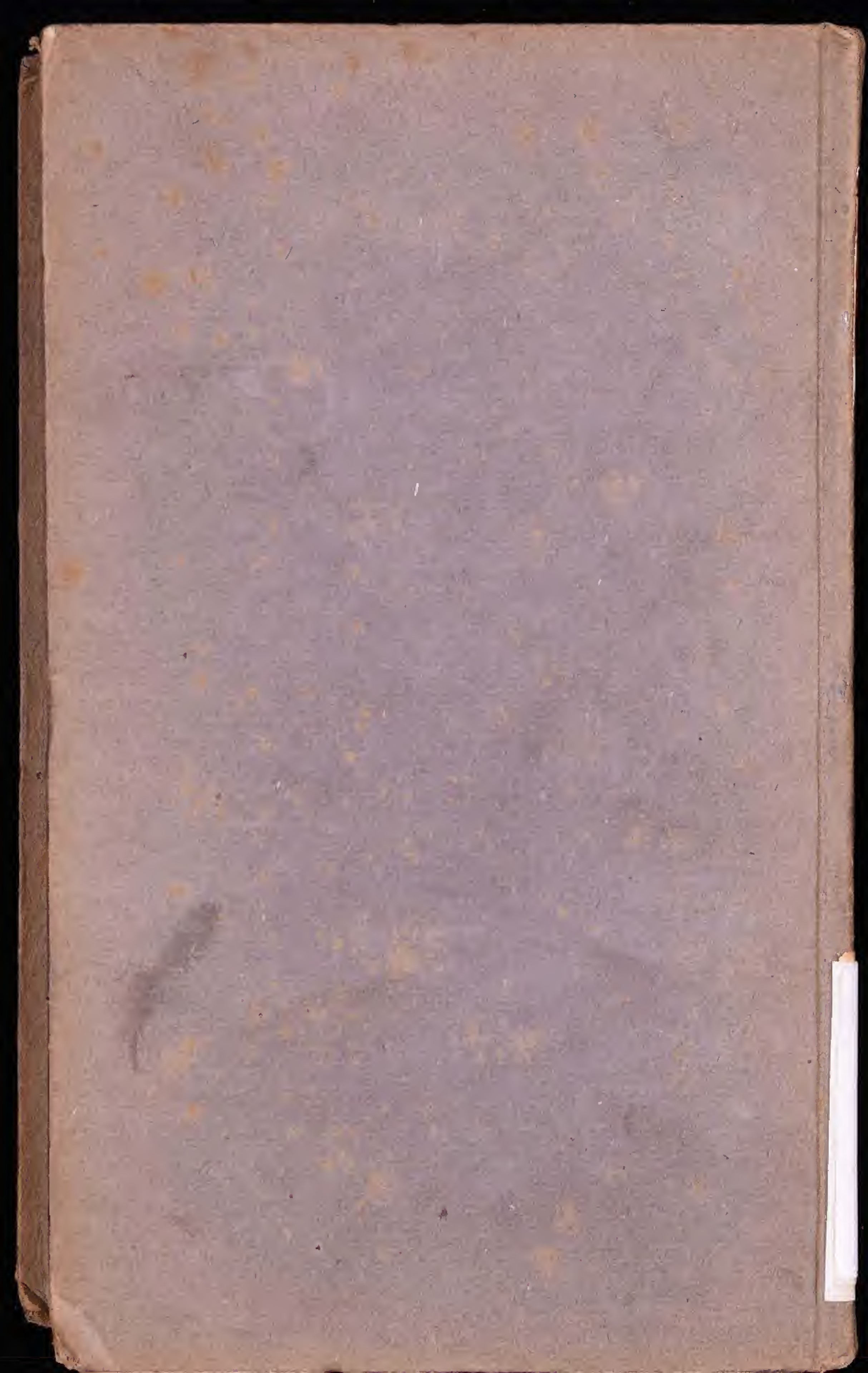












Gesterdings

Nachforschungen

DIPARTIMENTO DI
DIRITTO PRIVATO

ANT
B
25.3

die Juden? Kann man von ihnen sagen, daß sie vom christlichen Glauben abgefallen sind? Oder stehen sie nicht vielmehr umgekehrt zu den Christen etwa in dem Verhältniß, wie die Catholiken zu den Protestanten? (Bekanntlich sollte das Christenth
ders seyn,
dies selbst
sehr gekün
lich: (legis
juribus hi
sanctiori c
est judaic
ejusque c
zu den W
denen, die
von solchen,
in ihren Mein
selbst abson

Auf so
muß darü
gelten kan
sich zu übe
Jüdinnen
fen wollen,
so würd
pflegt, i
es um so
den Ketzern
gens ein

*) L. 21. C. de haereticis

Religion keine Rücksicht nehmen könne, wenn von Vermögensrechten der Ehegatten die Rede ist, daß er ohne Ungerechtigkeit der Jüdinn ein Privilegium nicht entziehen dürfe, was er der Christinn beilegt, versteht sich von selbst, man müßte denn, was diesen besondern Fall betrifft, sagen, wie
privilegium